



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas – FAJS
Núcleo de Pesquisa e Monografia – NPM

RENATA SOUSA PINTO DE ABREU

**A NOVA INTERPRETAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PELO
STF: HARMONIA COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE
PODERES?**

Brasília

2012

RENATA SOUSA PINTO DE ABREU

**A NOVA INTERPRETAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PELO
STF: HARMONIA COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE
PODERES?**

*Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.*

*Orientador: Professor Msc. Fabrício Juliano
Mendes Medeiros*

Brasília

2012

RENATA SOUSA PINTO DE ABREU

**A NOVA INTERPRETAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PELO
STF: HARMONIA COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE
PODERES?**

*Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.*

*Orientador: Professor Fabrício Juliano Mendes
Medeiros*

Brasília, 28 de junho de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Msc. Fabrício Juliano Mendes Medeiros

Prof. Examinador Eliardo França Teles Filho

Profa. Examinadora Débora Soares Guimarães

Ao meu marido Janes, que, com muito amor e compreensão, me deu todo apoio para chegar ao fim dessa etapa; aos meus pais Gislene e Otair, que sempre estiveram ao meu lado, me amparando nos momentos de maior necessidade; ao meu filho Pedro, que trouxe grande alegria a minha vida e às minhas irmãs-amigas Camila, Cristiane, Denise e Edna, que foram grandes colaboradoras no meu processo de busca do saber.

AGRADECIMENTOS

De modo especial, agradeço ao meu orientador, professor Fabrício, que sempre me deu a oportunidade de expressar minhas ideias e me auxiliou de modo substancial, mas sem me privar de buscar minha autonomia.

“Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da ‘norma regulamentadora’ e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação.”

*José Carlos Barbosa Moreira: SOS para o mandado de injunção.
Jornal do Brasil, 11 set 1990.*

RESUMO

O mandado de injunção é um instituto trazido pela Constituição de 1988, até então inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o texto constitucional, é o remédio utilizado sempre que o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania ou cidadania não puderem ser exercidos por falta de regulamentação. Como se dará a viabilização desse direito? A doutrina refletiu sobre esse questionamento, trazendo algumas possibilidades de realização do mandado de injunção, considerando algumas delas menos efetivas que outras. E a jurisprudência, como se posicionou? Desde o advento da injunção no nosso ordenamento foram diversos os posicionamentos adotados por nossa Corte Constitucional. De início, temia-se que uma solução concretista pudesse aviltar a separação de Poderes, porém, mais recentemente, o STF tornou-se mais *ousado* em suas decisões, optando por adotar a injunção como instrumento apropriado a tornar viável o direito pleiteado, por meio de uma regulamentação provisória, que, em alguns casos, seria utilizada *erga omnes*. Esse atual posicionamento é uma afronta ao Princípio da separação de Poderes?

Palavras-chave: mandado de injunção – posição concretista / não-concretista - princípio da separação de poderes – ativismo judicial – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 MANDADO DE INJUNÇÃO.....	11
1.1 Conceito, objeto e origem.....	11
1.2 Pressupostos e aplicabilidade	15
3.4 Efeitos da decisão.....	17
2 O MANDADO DE INJUNÇÃO À LUZ DO STF.....	24
2.1 Mandado de Injunção Nº 107-3/DF	25
2.2 Mandado de Injunção Nº 283-5/DF	30
2.3 Mandando De Injunção Nº 670-9/ES	44
3 SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO JUDICIAL: A POSIÇÃO CONCRETISTA DO STF EM ACORDO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.	70
3.1 Teoria da separação de Poderes	70
3.2 Ativismo judicial.....	75
3.3 A posição concretista do STF e sua colmatação à Constituição Federal.....	83
CONCLUSÃO	91
REFERENCIAS	95

INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é um instituto peculiar, idealizado pelo constituinte originário sem que se tenha notícia de instrumento equivalente no direito alienígena. Trata-se de remédio constitucional utilizado quando existe um direito, liberdade ou prerrogativa, constitucionalmente garantidos, que não podem ser exercidos, pois não há norma regulamentando o exercício desses direitos.

Apesar de o texto constitucional que prevê o mandado de injunção ser bastante sucinto, a Carta não explicita de forma clara como se dará a viabilização desses direitos constitucionalmente garantidos. Então, coube à doutrina a tarefa de discutir as possibilidades de viabilização desses direitos, naqueles casos em que era reconhecida a mora na edição da regulamentação.

No primeiro capítulo desse trabalho, buscou-se conceituar o instituto do mandado de injunção, fazendo uma breve explanação sobre seu objeto, origem, pressupostos e aplicabilidade. Também se discutiu sobre os possíveis efeitos que a decisão da injunção pode assumir.

A discussão sobre efeitos é a base para que entendamos o problema central abordado por esta pesquisa: até que ponto pode ir o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, ao decidir a injunção, sem violar um dos preceitos fundamentais de seu objeto de cuidado – o princípio da separação de Poderes?

A doutrina descreve dois tipos de decisão, quando se fala do mandado de injunção: a chamada decisão não-concretista que, basicamente, restringe-se a reconhecer a ausência da regulamentação; e a decisão concretista, que vai além do reconhecimento da mora, buscando viabilizar, de alguma forma, o exercício do direito inviabilizado.

O STF, desde as primeiras decisões em mandado de injunção, buscava o equilíbrio em decidir a injunção, atendendo ao pedido do impetrante da melhor forma possível, sem que isso configurasse uma invasão da esfera de atuação do Poder Legislativo.

No capítulo dois, tratamos de três julgados que demonstram a evolução da jurisprudência do STF quanto à decisão da injunção. São eles o MI nº 107-3/DF, no qual a corte optou por uma decisão iminentemente declarativa da falta de regulamentação; o MI nº 283-5/DF, em que a Corte avançou no sentido de que, além de reconhecer a mora legislativa, estipulou prazo ao Congresso Nacional para que legislasse sobre o tema e possibilitou ao impetrante buscar uma reparação cível dos prejuízos sofridos em função da não possibilidade de exercer o direito que lhe foi constitucionalmente assegurado; e o MI nº 670-9/ES, no qual o STF optou por utilizar uma regulamentação provisória para garantir o direito pleiteado pelo impetrante.

Durante as discussões dos três julgamentos, percebemos que a Corte caminhou no sentido de entender que dar à injunção uma natureza constitutiva não configuraria uma afronta ao princípio da separação de Poderes.

Então, no capítulo três do presente trabalho trouxemos uma definição do princípio da separação de Poderes, abordando seu aspecto clássico e o atualmente adotado segundo o neoconstitucionalismo.

No mesmo capítulo, expusemos a discussão sobre o fenômeno do ativismo judicial, considerado a condenável prática judicial que invade a esfera de atuação dos outros poderes de Estado. Seria a decisão constitutiva, no mandando de injunção, uma das muitas faces do ativismo?

Por fim, em um subcapítulo, respondemos a essa pergunta, afirmando que, segundo as pesquisas realizadas, a decisão constitutiva em mandado de injunção não configura uma atividade classificada como ativista, portanto, não afronta o modelo de separação de Poderes adotado pela Constituição brasileira. Pelo contrário, dar à injunção a função de viabilizar o direito garantido pela Carta Magna é fazer valer um princípio de grande importância dentro no novo direito constitucional: o da força normativa da Constituição, que se desdobra no princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Tal tema se mostra de grande relevância para o meio acadêmico, primeiro, porque a jurisprudência do STF mudou de forma significativa no decorrer dos anos, no que tange ao mandado de injunção, sendo de grande valia toda produção acadêmica que vise discutir o contexto e motivos dessas mudanças. Segundo, a discussão sobre os *super-poderes* avocados pelo Supremo Tribunal Federal é de grande importância no que tange a defesa da Constituição, numa tentativa de preservar a eficácia, nessa sociedade moderna, em constante evolução.

1 MANDADO DE INJUNÇÃO

1.1 Conceito, objeto e origem.

O mandado de injunção é um dos remédios constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988. Está descrito no artigo 5º, alínea LXXI, com o seguinte texto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;¹

Segundo Marcelo Figueiredo², o mandado de injunção é o instrumento constitucional destinado a defender os direitos e liberdades constitucionalmente assegurados.

Outros autores, ao conceituarem o instituto, utilizam, rotineiramente, o próprio texto constitucional para este fim. Um exemplo disto é José Afonso da Silva³, que afirma que o mandado de injunção é o remédio constitucional destinado àqueles que se considerem titular de qualquer dos direitos, liberdades e prerrogativas elencados no texto da Carta Magna, inviáveis de serem realizados pela falta de norma regulamentadora. Ou seja, o autor utiliza-se dos termos constitucionais para conceituar o *writ*.

¹BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 julho 2011.

²SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 27.

³SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 448.

Desta feita, o conceito se confunde com o próprio objeto da injunção. Vejamos os dizeres do citado autor:

Daí seu objeto: assegurar o exercício (a) de *qualquer direito constitucional* (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de *liberdade constitucional*, não regulamentada (...); (c) *das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*, também quando não regulamentadas (...).⁴

Gilmar Mendes enriquece a discussão ao afirma que o mandado de injunção é uma possibilidade trazida pela Constituição de 1988 de se declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, uma vez que o *writ* tem por objeto suprir omissão legislativa que impeça o exercício de direitos constitucionais⁵.

O mesmo autor assevera que o *writ* é um instrumento destinado à defesa dos direitos individuais contra a omissão do órgão legiferante, por isso, faz parte do sistema de controle abstrato da omissão, legitimado na Carta de 1988⁶. Em outra obra, destaca também que o compromisso constitucional de legislar, quando não cumprido e, deste modo, afetar direitos constitucionalmente assegurados, deve ser garantido por meio do referido remédio constitucional, não importando se a omissão é absoluta (total) ou parcial⁷.

Porém, assunto bastante divergente na doutrina é a extensão a ser dada aos direitos e liberdades que podem ser protegidos pela injunção. Carlos Augusto Alcântara Machado⁸ trata dessa dissonância classificando os autores em três correntes:

A primeira corrente, chamada de RESTRITIVA, defende ser o campo de incidência da injunção bastante reduzido, de modo que alcance, apenas, “os direitos que

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 448-449.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1317.

⁶ Ibidem, p. 1317.

⁷ MENDES, Gilmar. *Mandado de Injunção*. In: ENCONTRO DO INSTITUTO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2008. Lisboa. Análise do instituto do “mandado de injunção”, seu conteúdo, o significado, a natureza do instituto na ordem constitucional brasileira e a amplitude das decisões proferidas nesses processos, com base na jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/387>> Acesso em 27fev. 2011, p. 130.

⁸ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 68.

possam ser deduzidos da condição de nacional e de cidadão⁹”. Ou seja, o mandado de injunção tutela apenas o que a Constituição expressamente tratou. Um dos principais representantes desta corrente é Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰.

Em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, o referido autor assevera que

É grande a controvérsia sobre o alcance do mandado de injunção. O próprio Supremo Tribunal Federal ainda não definiu jurisprudência a esse propósito.

O mandado de injunção tem um campo restrito. Cabe quando “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Disto resulta que, como é óbvio, não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais. (...) a omissão de norma regulamentadora referente a outros campos, bem como a de norma necessária para que uma expectativa de direito passe a direito subjetivo, reclama não o mandado de injunção, mas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹¹.

A segunda corrente tratada por Machado é a chamada INTERMEDIÁRIA. Segundo os adeptos desta, cabe a utilização do remédio constitucional em discussão quando a omissão legislativa inviabilizar a realização de quaisquer dos direitos elencados no título II da Constituição: “Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos à Nacionalidade e Direitos Políticos”. São representantes desta corrente Celso Ribeiro de Bastos e J. J. Calmon de Passos¹².

A terceira corrente é chamada ABRANGENTE e se caracteriza por não adotar nenhuma restrição ou limitação para a incidência do mandado de injunção. Para os adeptos dessa corrente, todos os direitos contemplados na Constituição (desde que não sejam autoaplicáveis), podem ser tutelados via injunção¹³. Acrescenta Machado que o fato da Carta Magna fazer menção às *prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*

⁹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 68

¹⁰ Ibidem, p. 68.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 325.

¹² MACHADO, op. cit., p. 69.

¹³ Ibidem, p. 70.

não deve impor ao instituto uma abrangência limitada¹⁴. Deste modo, fazendo uma interpretação gramatical do texto constitucional, “será concedido mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”¹⁵. (*grifos nossos*)

O citado autor destaca, também, que esta foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, durante um período, como se vê no julgamento do Mandado de Injunção nº 107 – DF, considerado um *leading case* sobre a matéria¹⁶, que será adiante tratado.

A origem da injunção, conforme aplicada no direito brasileiro, é bastante discutida na doutrina. Vejamos:

Para Marcelo Figueiredo,¹⁷ a origem do instituto está no direito inglês, que também inspirou o direito norte-americano. Nesses ordenamentos, a *injunction* significa uma ordem que proíbe a uma das partes agir de uma forma específica ou requer da outra parte uma ação determinada. Nesse diapasão, é permitido ao tribunal restringir possíveis lesões a uma ou mais pessoas, até que o problema seja, de alguma forma, resolvido. Também, segundo o direito alienígena, o descumprimento de uma ordem de injunção caracteriza desobediência judicial.

Já Lúcio Machado Campinho¹⁸ entende que o mandado de injunção, como contemplado pela Constituição de 1988 é diferente do *writ of injunction* do direito inglês e norte-americano. Quanto ao direito inglês, a diferença consiste no fato de que, a *injunction*, neste ordenamento, não visa a suprir omissões inconstitucionais, uma vez que no sistema normativo inglês não há supremacia formal da constituição. Ainda, quanto ao direito norte-americano, o *writ* busca impedir a interferência do poder público na ordem privada, ou seja,

¹⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 70.

¹⁵ Ibidem, p. 71.

¹⁶ Ibidem, p. 69.

¹⁷ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 29.

¹⁸ CAMPINHO, Lúcio Machado. *Efetividade Constitucional Via Mandado de Injunção*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 171-190, jan./jun. 2006. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24478/efetividade_constitucional_via_mandado.pdf?sequence=1> Acesso em 09/03/2011, p. 184.

trata-se de uma ordem judicial que busca a abstenção de fazer (ou de continuar a fazer) algo causador de dano irreparável.

Ricardo Silveira Ribeiro¹⁹ compartilha do mesmo entendimento de Campinho, ao firmar que, analisando-se o instituto sob o enfoque do direito comparado, não há notícia de uma ação com os pressupostos e finalidades semelhantes ao nosso mandado de injunção.

Nesse sentido, conclui Savonitti Miranda que se trata, o mandado de injunção, de uma inovação da Constituição de 1988, que tem por finalidade “tornar efetivos, isto é, fruíveis por seus destinatários, aqueles direitos que dependem de uma legislação integradora que não foi elaborada.”²⁰

1.2 Pressupostos e aplicabilidade

É cabível o mandado de injunção toda vez que um direito ou liberdade constitucional não possa ser realizado, em função de ausência de norma jurídica que o regule. Dessa afirmação se conclui que os pressupostos do *writ* são a ausência de regulamentação e a impossibilidade de assegurar um direito ou liberdade resguardados pela Constituição²¹.

Gilmar Mendes entende que é cabível o mandado de injunção sempre que o dever constitucional de legislar não for cumprido e isso, de algum modo, afete direitos constitucionalmente assegurados²². Ou seja, o autor aponta como pressupostos para a incidência do mandado de injunção a falta de regulamentação legislativa e o consequente prejuízo na realização de um direito.

¹⁹ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões Normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 38

²⁰ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004.

²¹ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 27.

²² MENDES, Gilmar. *Mandado de Injunção*. In: ENCONTRO DO INSTITUTO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2008. Lisboa. Análise do instituto do “mandado de injunção”, seu conteúdo, o significado, a natureza do instituto na ordem constitucional brasileira e a amplitude das decisões proferidas nesses processos, com base na jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/387>> Acesso em 27fev. 2011, p. 130.

Também Carlos Augusto A. Machado entende serem dois os pressupostos básicos para o exercício do mandado de injunção. São eles a inviabilização do direito constitucionalmente assegurado e a falta de norma regulamentadora²³.

Portanto, conclui-se que não há aparente divergência doutrinária quanto à exigência desses dois pressupostos. A discussão se dá quando da definição do que seria essa *lacuna legislativa*.

Para Carlos Augusto A. Machado, a norma regulamentadora pode ser de qualquer grau hierárquico, podendo ter natureza de lei complementar, ordinária, regulamento, portaria, decisões administrativas normativas, dentre outras. Ou seja, não necessariamente deve se tratar de um ato legislativo, bastando que esta ausência inviabilize um direito constitucional²⁴.

O mesmo autor ressalta que, quando do julgamento do mandado de injunção nº 81-6-DF, o relator ministro Celso de Melo tratou, de forma didática, o assunto, nos seguintes termos:

A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica – que se traduz na existência de um nexo causal entre *vacuum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – constitui requisito que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988²⁵.

José Afonso da Silva compartilha do mesmo posicionamento adotado por Carlos Augusto A. Machado, uma vez que assevera que *norma regulamentadora* deve ser entendida como toda medida necessária para tornar efetiva uma norma constitucional²⁶.

²³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 73.

²⁴ Ibidem, p. 73.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 81 – 6/DF. Relator Ministro Celso de Mello. 25 mai. 1990 apud MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 74.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 450.

Para Savonitti Miranda²⁷, o mandado de injunção deverá atacar as chamadas *normas constitucionais de eficácia limitada*, as quais o autor define como sendo “aquelas normas que não iniciam a produção de efeitos práticos, enquanto não for elaborada a legislação integradora que vise a colmatar essa lacuna descoberta²⁸”. Deste modo, segundo o autor, não cabe mandado de injunção quando a ausência de atuação administrativa é o fator a impedir a realização de um direito constitucional. Só se pode pleitear, via mandado de injunção, o exercício de direitos constitucionais que dependam de regulamentação exclusivamente legislativa.

Ainda, quanto à eficácia das normas, destaca Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer²⁹ que as normas atacadas pela injunção são consideradas válidas, apenas não possuem, ainda, plenas condições de aplicabilidade, uma vez que aguardam a devida regulamentação infraconstitucional.

Também, Machado chama a atenção para o fato de que não só a ausência total de regulamentação permite a impetração da injunção. Segundo este autor, a omissão legislativa parcial também pode ser atacada pelo mesmo remédio constitucional. Caso contrário teríamos esvaziado o sentido da existência do mandado de injunção, pois este cairia em completo desuso³⁰.

3.4 Efeitos da decisão

Segundo Marcelo Figueiredo Santos, quando se consagrou, na Carta Magna, o mandado de injunção, na verdade se atribuiu uma nova tarefa ao judiciário: “o dever de criar o direito, em moldes flexíveis, até então inexistente”³¹. Esta afirmação ressalta o ineditismo do instituto.

Assevera ainda o autor que os métodos tradicionais, utilizados na interpretação e aplicação de normas aos casos concretos, não são suficientes para o

²⁷ MIRANDA, Henrique Savonitti. Curso de Direito Constitucional. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 283.

²⁸ Ibidem, p. 283.

²⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Mandado de Injunção. São Paulo, Atlas, 1999.

³⁰ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 76.

³¹ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 28.

entendimento do instituto, devendo, portanto, criar-se uma nova “mentalidade jurisdicional” para que se dê cumprimento a tão importante instrumento³².

Também, o mesmo autor ressalta que nossa Carta Magna atribui ao Judiciário a tarefa de apreciar toda lesão ou ameaça a direito. Neste diapasão, é dever do Estado-juiz apreciar toda demanda que lhe é apresentada, determinando o sentido da norma jurídica aplicável e compatibilizando-a ao caso concreto. No que se refere ao mandado de injunção, apregoa que o instituto atribuiu ao Poder Judiciário o dever de, uma vez atendidos os dispositivos da impetração, “criar o direito”, nos moldes a atender ao pedido inicialmente posto³³.

Então, considerando-se os apontamentos feitos, como deve ser a decisão que concede o pedido do mandado de injunção? Esta não é uma resposta fácil de ser dada, uma vez que a doutrina não apresenta um posicionamento uníssono sobre o tema.

Gilmar Mendes destaca que a adoção do mandado de injunção e do controle abstrato da omissão tem sido combustível para intensas controvérsias doutrinárias, uma vez que o conteúdo, o significado e a amplitude das decisões vêm sendo analisadas de diferentes formas pela doutrina e jurisprudência³⁴.

Assevera, o citado autor, que uma parte dos doutrinadores entende que a injunção não possui aplicação imediata, nos moldes que foi tratada na Constituição/88. Desta feita, sua utilização estaria condicionada à promulgação de uma regulamentação específica. Esta questão já restou superada, uma vez que o STF entendeu pela aplicação da regulamentação concernente ao Mandado de Segurança para os procedimentos de mandado de injunção³⁵.

Quanto à aplicabilidade da decisão, alguns autores asseguram que, uma vez que a injunção é um instrumento dirigido contra omissão impeditiva de realização de direito constitucionalmente assegurado, compete ao juiz do feito proferir decisão que contenha uma

³² SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 28.

³³ *Ibidem*, p. 66.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1317.

³⁵ *Ibidem*, p. 1317.

regra concreta, capaz de possibilitar o exercício do direito em questão. Ainda, outra parcela dos juristas entende que essas regras concretas devem possuir um caráter geral, de modo que possam ser aplicadas aos demais casos semelhantes³⁶.

Segundo esta concepção, o Judiciário teria sido dotado, pelo constituinte, do poder de editar normas abstratas, atividade esta muito semelhante à legislativa. Ainda sob esse entendimento, é necessário traçar algumas limitações à decisão judicial, uma vez que algumas delas tratam da organização de determinada atividade ou serviço público, ou da disposição de recursos públicos. Nesses casos, deverá ser reconhecida a inadmissibilidade do mandado de injunção³⁷.

De outra parte, uma corrente diversa entende que a injunção deve destinar-se a, tão somente, aferir a existência de uma omissão que obsta o exercício de um direito constitucional. Nesse caso, a sentença não deve conter nenhum conteúdo normativo. Deste modo, a decisão concessiva da injunção teria um caráter obrigatório ou mandamental³⁸.

Por sua vez, José Afonso da Silva afirma que se deve buscar, com o mandado de injunção, a realização concreta, em favor do impetrante, do direito, liberdade ou prerrogativa inviável em função da lacuna normativa. Porém, não é função da injunção a expedição da norma regulamentadora faltante. Esse entendimento, para o autor, se trata de um equívoco, uma vez que este é o objetivo da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, ação diversa do mandado de injunção³⁹.

O autor embasa sua afirmação apresentando três argumentos. São eles: (i) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, nesse caso, com resultado duvidoso, uma vez que não obriga o legislador a exercer seu papel; (ii) em sendo as duas ações idênticas, existe então uma contradição no que tange à vontade do constituinte originário, que negou ao cidadão comum, em várias hipóteses, a legitimidade para questionar a constitucionalidade. Por que permitiria isso por meio da injunção, uma via transversa? (iii)

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1317- 1318.

³⁷ Ibidem, p. 1318.

³⁸ Ibidem, p. 1319.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 450.

Além disso, ao conseguir a regulamentação deficiente, por meio da injunção, o cidadão teria que, por meio de uma segunda ação judicial, reivindicar sua aplicação a seu favor⁴⁰.

José Afonso da Silva, então, declara que o conteúdo da decisão da injunção consiste na outorga direta do direito reclamado. Ou seja, compete ao juiz definir as condições para satisfação do direito pleiteado, além da delimitação imperativa dessa satisfação, sob pena de tornar o instituto sem sentido⁴¹.

Ainda, quanto aos efeitos a serem obtidos por meio da injunção, José da Silva Pacheco⁴² destaca cinco possibilidades interpretativas para o instituto. A *primeira* considera que a sentença proferida quando do julgamento da injunção visaria criar a norma legal faltante, substituindo a atividade do órgão competente em fazê-la. A *segunda* afirma que a finalidade atingida com a injunção é obter uma ordem ou mandamento para que o órgão competente edite a norma faltante. A *terceira* entende que a sentença deve declarar a ocorrência da omissão ou condenar o agente omissor a uma obrigação de fazer, sujeita à execução comum. A *quarta* considera o mandado de injunção como um instrumento para se obter, do juiz, a proteção do direito, levando-se em conta os fins sociais, o bem comum e os princípios constitucionais e gerais do direito. A *quinta* e última interpretação possível consiste em uma mescla da segunda e da quarta. Segundo esse enfoque, a decisão da injunção deve determinar um curto prazo para que o órgão competente (que não se resume ao Legislativo) baixe a norma faltante, ciente de que, caso não o faça, o juiz julgará o caso concreto.

Baseado nessas possibilidades, Carlos Augusto Alcântara Machado⁴³ afirma que o *writ* pode assumir naturezas diversas. São elas: (i) natureza declaratória, sob a qual caberia ao julgador apenas reconhecer e declarar a lacuna normativa, o que identifica o mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; (ii) natureza condenatória, sob a qual o judiciário concederia diretamente o direito pleiteado, por meio de uma ação de execução típica; (iii) natureza constitutiva, que consiste na criação da norma regulamentadora necessária para a viabilização do direito, em determinado caso concreto e

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 450-451.

⁴¹ Ibidem, p. 452.

⁴² PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 381-382.

⁴³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 104-105.

(iv) natureza mandamental, ocasião em que o judiciário daria ciência ao poder ou órgão omissor para que adote as providências necessárias.

Então, conforme se verifica pelo posicionamento do citado autor, a questão crucial no emprego do mandado de injunção é a identificação de qual tipo de providência judicial deve ser adotada pelo órgão julgador quando do deferimento do pedido⁴⁴.

Tratando desse ponto, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Néri da Silveira, pronunciou-se, em 1995, discorrendo sobre as diversas correntes interpretativas existentes, naquele momento, na nossa Corte Constitucional.

Há, como sabemos, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do mandado de injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro a minha posição que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto a posição que considero *intermediária*. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucional assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que se o Congresso não fizer a lei, em certo prazo que se estabelece na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*⁴⁵.

Tendo por base esse pronunciamento e as diversas orientações interpretativas trazidas pela doutrina e pelos demais ministros do STF, Alexandre de Moraes⁴⁶ elaborou classificação das possíveis posições a serem adotadas quando do provimento do mandado de injunção.

⁴⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p.105.

⁴⁵ Ata da 7ª sessão extraordinária, DJU, de 04/04/1995, seção I, p. 8.265 – 8.266 apud MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p.105.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 175.

Segundo o referido autor, o provimento do mandado de injunção pode ser de dois tipos: *concretista* e *não-concretista*.

Aqueles que adotam a posição *não-concretista* entendem que a finalidade do mandado de injunção é reconhecer formalmente a inércia do Legislativo, ou seja, a ausência de regulamentação legal do direito pleiteado. Desse modo, deve o poder omissor ser notificado, para que providencie a edição da norma integradora⁴⁷. Durante determinado período, esta foi a corrente predominante no STF, conforme discutiremos adiante.

De outro turno, segundo a posição *concretista*, o órgão julgador reconhece a injunção como uma ação de natureza constitutiva, cuja decisão deve declarar a existência da omissão legislativa e também possibilitar o exercício do direito até então inviabilizado pela ausência de regulamentação. Por conseguinte, cabe ao Poder Judiciário implementar o exercício do direito, até que sobrevenha, em definitivo, a regulamentação faltante⁴⁸.

Esta última pode se desdobrar em duas espécies: a *concretista* geral e a individual.

Pela posição *concretista geral*, a falta de norma integradora autoriza ao Supremo Tribunal Federal a preencher essa lacuna, estabelecendo uma regulamentação (ou legislando, como afirma Savonitti Miranda⁴⁹) com efeito *erga omnes*, até que sobrevenha a lei faltante⁵⁰.

Já no que tange à posição *concretista individual*, a decisão proferida no caso em questão deve ter alcance *inter partes*, de modo que só produza seus efeitos para o autor do mandado de injunção em apreço, possibilitando-lhe que exercite plenamente seu direito constitucional até então prejudicado⁵¹. Essa espécie de interpretação também apresenta duas subdivisões:

⁴⁷ MIRANDA, Henrique Savonitti. Curso de Direito Constitucional. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 288.

⁴⁸ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p.106.

⁴⁹ MIRANDA, op. cit., p. 288.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 176.

⁵¹ *Ibidem*, p. 176

A primeira delas, chamada posição *concretista individual direta* consiste em dar efeito imediato à decisão proferida pelo tribunal, independente de qualquer notificação ao órgão considerado omissor⁵².

Em relação à segunda subclassificação, chamada *concretista individual intermediária*, podemos afirmar que consiste naquela decisão judicial que, após julgar procedente a injunção, reconhecendo a omissão legislativa, fixa ao Congresso Nacional um prazo para elaboração da norma regulamentadora faltante. Ao término desse lapso, permanecendo a inércia, deve o Poder Judiciário fixar os meios e condições necessários ao exercício do direito por parte do requerente⁵³.

Parte da doutrina entende que a adoção da posição concretista seria uma afronta ao Princípio da separação de Poderes, uma vez que o Judiciário estaria usurpando a função de legislar. São adeptos desse posicionamento doutrinadores como Hely Lopes Meirelles, Celso Ribeiro Bastos, Paulo Lúcio Nogueira e Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁴. Ressalta-se, também, que, por um tempo, esse foi o posicionamento predominante no Supremo Tribunal Federal.

Porém, hoje, como procuraremos demonstrar adiante, o STF vem reconhecendo a posição concretista como a mais adequada. Doutrinadores como Celso Antonio Bandeira de Mello, Michel Temer, Roque Carrazza, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Flávia Piovesan, Moacyr Amaral Santos, Marcelo Figueiredo e José Afonso da Silva compartilham desse entendimento⁵⁵, argumentando que (i) não há incompatibilidade entre a posição concretista (principalmente a *individual*) e a teoria da separação de Poderes⁵⁶, além de que (ii) essa é a única forma de se dar real utilidade prática e aplicabilidade ao *writ* em apreço⁵⁷.

⁵² MIRANDA, Henrique Savonitti. Curso de Direito Constitucional. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 288.

⁵³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 176.

⁵⁴ MIRANDA, op. cit., p. 288.

⁵⁵ Ibidem, p. 288.

⁵⁶ MORAES, op. cit., p. 177.

⁵⁷ MIRANDA, op. cit., p. 288.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO À LUZ DO STF

Pretende-se, nesse capítulo, expor alguns julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, em mandado de injunção, objetivando mostrar a mudança de posicionamento que ocorreu na nossa Corte Constitucional, no decurso temporal. O escopo dessa explanação é demonstrar que o STF modificou seu pensamento, passando de uma prestação jurisdicional eminentemente não-concretista para concretista. Inclusive, em alguns casos, chegou-se a imprimir à injunção alcance *erga omnes* à regulamentação provisória estabelecida.

Ao final, ficará claramente demonstrado que, nos dias atuais, o STF privilegia a chamada posição concretista ao deferir o mandado de injunção.

Assinala Ricardo Silveira Ribeiro que o constituinte, ao elaborar a redação do artigo 5º, LXXI da CF/88, preocupou-se sobremaneira em apontar as hipóteses nas quais caberia o mandado de injunção, mas não deu a mesma atenção quando tratou dos efeitos da presente ação. Por não haver uma clara consideração sobre o tema, calorosas são as discussões em torno da finalidade do instituto, por isso, nos dias atuais, temos ao menos as cinco hipóteses interpretativas citadas anteriormente⁵⁸.

Também discorrendo sobre os efeitos da injunção, José da Silva Pacheco⁵⁹ faz algumas considerações sobre o mandado de injunção no STF, que serão expostas adiante.

Assevera o autor que, com razão, o STF tem denegado o pedido da injunção quanto o direito pleiteado já existe ou independe de norma regulamentadora, uma vez que o *writ* não se propõe a garantir o exercício de direito decorrente de norma constitucional auto-aplicável⁶⁰.

⁵⁸ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 125.

⁵⁹ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 395.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 396-397.

Ademais, a Corte Constitucional também já se pronunciou ser cabível o *writ* quando a norma faltante for de competência privativa do Presidente da República. Nestes casos, a ação deve ser dirigida a esta autoridade⁶¹.

Também, admite o STF a possibilidade de o impetrante, nos casos em que persistir a mora legislativa após decisão concessiva da injunção, valer-se de uma ação ajuizada perante a justiça comum para fazer valer seu direito já reconhecido por meio de reparação pecuniária⁶².

Passemos, agora, a discorrer sobre alguns julgados que a doutrina considera paradigma no que tange à discussão sobre o mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal.

2.1 Mandado de Injunção Nº 107-3/DF

Trata-se de mandado de injunção decidido em 21 de novembro de 1990, em que o requerente pleiteava a regulamentação do direito previsto no artigo 42, parágrafo 9º, da Constituição Federal^{63 64}.

Tal julgado se mostra de grande importância pois o relator, o ministro Moreira Alves, traçou de forma bem detalhada os limites do mandado de injunção, por isso o julgado se tornou um paradigma para o direito brasileiro⁶⁵.

De início, o relator levantou questão de ordem sobre a autoaplicabilidade, ou não, do mandado de injunção. Essa questão fora decidida por meio de acórdão resultante

⁶¹ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 397.

⁶² Ibidem, p. 397

⁶³ CF, Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares. (...) § 9º - A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade. (revogado pela EC.18, de 1998).

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81745>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 1.

⁶⁵ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões Normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 158.

da discussão plenária, na qual se reconheceu a autoexecutoriedade do instituto, uma vez que não necessita de norma jurídica que o regulamente⁶⁶.

Também, o ministro Moreira Alves destacou que, conforme entendimento obtido por meio da análise da Questão de Ordem, o mandado de injunção é ação de natureza mandamental, portanto, não é possível obter, por meio dele, a regulamentação pleiteada que, no caso, visava à obtenção da estabilidade do servidor militar. Isso se deve pois, nas palavras do relator, o *writ* se trata de “ação mandamental para a declaração da ocorrência de omissão com mora na regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa outorgados pela Constituição, mas cujo exercício seja obstado pela falta de sua regulamentação”⁶⁷.

Ressalta ainda o relator que, diante das divergências encontradas na doutrina, a Corte optou por entender que está subtendido ao pedido principal da injunção (que se trata da viabilização do direito prejudicado) o pedido de declaração da omissão e mora do poder responsável pela regulamentação⁶⁸.

O pedido apreciado foi julgado improcedente tendo em vista o requerente não ter legitimidade para agir. Entendeu a Corte que só tem legitimidade *ad causam* aquele que pertença à categoria a qual a Constituição outorgou, de forma abstrata, um direito, cujo exercício esteja sendo obstado pela omissão regulamentar. Então, assevera o relator que a Carta Magna não conferiu ao servidor militar a estabilidade, apenas autorizou que lei disponha sobre o assunto, por isso não está presente a legitimidade do autor da ação⁶⁹.

Nesse ponto, vale ressaltar o entendimento do relator quanto ao alcance do mandado de injunção. É possível inferir que o *writ* é cabível diante de direito constitucionalmente resguardado, não bastando que a Constituição Federal apenas mencione a possibilidade desse direito.

Por meio de voto-vista, o ministro Carlos Veloso apresentou entendimento contrário ao do relator, afirmando o caráter substancial da injunção. Segundo esse ministro, o

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81745>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 3.

⁶⁷ Ibidem, p. 5.

⁶⁸ Ibidem, p. 5.

⁶⁹ Ibidem, p. 6.

writ deve fazer “às vezes da norma infraconstitucional ausente e integrar o direito ineficaz (...). Quer dizer, mediante o mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito”⁷⁰.

Apreende-se que o Ministro Carlos Velloso entende que deve ser dado à decisão da injunção o efeito concretista, com alcance *inter partis*.

Assevera também o ministro votante que o mandado de injunção deve ser entendido de modo diverso da ação direta de inconstitucionalidade, o que não ocorre caso entenda-se por efeito da injunção apenas dar-se ciência da omissão ao órgão que deveria expedir a regulamentação faltante. Dar essa utilidade ao *writ* é esvaziar o instituto, considerado uma nova garantia da Constituição de 1988. Sob essa análise, o verdadeiro escopo da injunção é viabilizar o exercício de direito e liberdades constitucionais⁷¹.

Os demais ministros, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches e Aldir Passarinho acompanharam o relator na íntegra de seu voto.

Somente o ministro Marco Aurélio se posicionou de modo contrário aos demais, entendendo ser cabível o mandado de injunção para se obter o direito reclamado, argumentando que, uma vez que a Carta Magna enseja a criação de uma legislação sobre a estabilidade do servidor militar, isso não autorizaria o legislador a tratar da instabilidade. Portanto, a Constituição, mesmo que de forma indireta, assegurou a esse grupo de servidores o direito à estabilidade. Deste modo, é possível pleitear a regulamentação faltante por meio da injunção, uma vez que, segundo esse entendimento, o requerente não padece de legitimidade *ad causam*⁷².

Desta feita, o mandado de injunção não foi conhecido por ilegitimidade ativa do requerente, sendo o ministro Marco Aurélio voto vencido⁷³.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81745>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 9.

⁷¹ Ibidem, p. 9.

⁷² Ibidem, p. 7.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81745>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 17.

É possível concluir que, naquele momento, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendia, em sua maioria, pela natureza declaratória da injunção, ensejando, portanto, que as decisões concessivas gerassem apenas efeitos não-concretistas.

Ressalta Ricardo Silveira Ribeiro que os doutrinadores que defendem ser a finalidade da injunção a expedição de um comunicado ao órgão faltoso alegam que, em nome da separação de Poderes, não se pode vislumbrar qualquer efeito ao mandado de injunção além daqueles pertinentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Argumentam desse modo pois, uma vez que a ADI por omissão só pode ser impetrada por altas autoridades devidamente elencadas no texto constitucional, não é razoável ensejar maiores poderes a uma ação que pode ser intentada por qualquer particular⁷⁴.

Nesse diapasão, o relator do mandado de injunção nº 107, ministro Moreira Alves, entendeu que, uma vez que o artigo 5º, LXXI, não contemplou de modo objetivo os efeitos, os legitimados ativos e os procedimentos a serem utilizados no curso da ação, era prudente a utilização das normas de competência, constantes na Carta Magna, como parâmetro. Deste modo, entendeu o relator não ser cabível dar à injunção um efeito constitutivo, sob pena de implicar “sérios gravames” à ordem jurídica⁷⁵.

Ainda, o relator discutiu sobre os problemas surgidos ao se dar, quando da decisão concessiva da injunção, efeitos constitutivos *inter partes* ou *erga omnes*. Dar a essa decisão efeitos *inter partes*, por exemplo, não seria atribuir à injunção um caráter mais efetivo, pois uma gama de direitos fundamentais envolve alocação de recursos públicos e mudanças na organização institucional, de modo que se trata, nesses casos, de assuntos tão complexos que, praticamente, o Judiciário não teria condições de intervir, de modo que o direito continuaria inviabilizado⁷⁶.

Outra dificuldade a ser enfrentada, caso se dê à injunção efeitos constitutivos, ocorre quando o direito pleiteado envolve grandes grupamentos humanos. Na opinião de Moreira Alves, isso seria inviável, pois, ao atingir um grande número de pessoas, a

⁷⁴ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 125.

⁷⁵ RTJ nº 133: 14 *apud* RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 126.

⁷⁶ RTJ nº 133: 31-34 *apud* RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 126.

decisão judicial geraria forte efeito normativo, incompatíveis, portanto, com a função precípua do Poder Judiciário⁷⁷.

Ponderou ainda o citado ministro que, ao permitir que a Corte Constitucional profira decisões de efeitos normativos e de natureza *erga omnes*, teríamos o Judiciário aviltando o princípio constitucional de que *ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei*. Além disso, todo o sistema de *Freios e Contrapesos* se funda na repartição de competências entre os poderes Legislativo e Executivo, de modo que o Poder Judiciário não se insere dentro desse sistema, portanto, não pode intervir nos outros poderes⁷⁸.

Em sede de conclusão, Ricardo Silveira Ribeiro destaca que os argumentos esboçados pelo relator são bastante profundos, a ponto de afirmarmos que Moreira Alves sedimentou seus dizeres, contrários à tese constitutiva, de modo a considerá-la absurda. Nesse diapasão, dar à injunção os efeitos declaratórios é resguardar o *writ* de qualquer obstáculo de constitucionalidade. Desse modo, para Moreira Alves, somente duas espécies de decisão seriam possíveis: (i) declarar a omissão ou (ii) marcar um prazo para o suprimento desta, sob pena de se reconhecer um silêncio constitucionalmente relevante⁷⁹.

⁷⁷ Ibidem, p. 127.

⁷⁸ Ibidem, p. 127.

⁷⁹ Ibidem, p. 128.

2.2 Mandado de Injunção Nº 283-5/DF

Outro Mandado de Injunção citado frequentemente pela doutrina, como julgado importante para que percebamos o entendimento do STF quanto ao remédio constitucional em estudo, é o de número 283-5/DF.

A citada ação, que teve como relator o ministro Sepúlveda Pertence, trata do questionamento da mora legislativa quanto à regulamentação do direito à reparação econômica contra a União, previsto no artigo 8º, § 3º do ADCT⁸⁰. Tal julgamento é datado de 20 de março de 1991 e foi publicado em 14 de novembro do mesmo ano⁸¹.

Destaca-se que, nesse momento, o Supremo Tribunal Federal era composto pelos ministros Neri da Silveira, Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Veloso e Marco Aurélio⁸².

A inovação deste julgamento se configura no fato da decisão de deferimento da injunção estabelecer prazo para a elaboração da norma ausente e, caso a lacuna subsista, poderá o titular do direito obstado buscar, em juízo, e contra a União, uma indenização por perdas e danos⁸³.

Ainda, traduz a ementa que os pedidos constitutivos e condenatórios formulados pelo autor são de atendimento impossível. Naquele momento, o pedido possível

⁸⁰ “ADCT Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.(...) § 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm#adct>. Acesso em: 06 nov. 2011.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 1.

⁸² Dados fornecidos por email pela Seção de Memória Institucional – Supremo Tribunal Federal, em 27 out 2011.

⁸³ BRASIL. op. cit., p. 1

era o de declarar a inconstitucionalidade da omissão normativa. Por isso, ao deferir a ação, o STF determinou, apenas, a comunicação da omissão ao órgão competente, para que suprisse tal carência⁸⁴.

No caso em apreço, ainda se reconhece o mandado de injunção como instituto de natureza declaratória, mas acrescido do caráter mandamental, numa tentativa de dar maior efetividade à decisão concessiva da injunção, ao se estabelecer um prazo para que o Legislativo elaborasse a norma faltante.

Também se registrou na ementa que, pelo fato de o sujeito passivo da ação ser o mesmo que deve suprir a mora normativa, é permitido ao Judiciário somar efeitos à injunção. Além dos efeitos mandamentais típicos (comunicar a ausência de regulamentação e cobrar a norma faltante, do órgão competente), no caso em apreço se estabeleceu um meio alternativo de o autor ter seu direito satisfeito: a possibilidade de pagamento de indenização por perdas e danos⁸⁵.

Desta feita, o deferimento do mandado de injunção nº 283-5/DF consistiu em (i) declarar a mora do legislador quando à ordem contida no artigo 8º, § 3º, ADCT, expedindo-se a devida comunicação ao Congresso Nacional e à Presidência da República e (ii) assinalar um prazo de 45 dias para edição da norma reclamada, acrescido de 15 dias para a sanção presidencial desta. Ainda, (iii) se o prazo acima esgotar-se sem que tenha ocorrido a promulgação da lei, reconhece-se, ao impetrante, a faculdade de obter (por meio da via processual adequada), sentença líquida de condenação da União à reparação devida, em função das perdas e danos a serem arbitradas. Também, (iv) declarou-se que, uma vez prolatada a condenação, sobrevier a lei questionada, isso não prejudicará a coisa julgada, tampouco impedirá o impetrante de usufruir dos efeitos da lei posterior, nos pontos que lhe for favorável⁸⁶.

Passaremos agora a tratar do relatório do ministro Sepúlveda Pertence. Neste, expressa o relator que o mandado de injunção nº 283 foi impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal objetivando obter uma norma individualizada, que regulasse a “reparação de

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 1.

⁸⁵ Ibidem, p. 1.

⁸⁶ Ibidem, p. 1-2.

natureza econômica” referida no parágrafo 3º do artigo 8º da ADCT, uma vez que o Poder Legislativo permanecia em mora quanto ao seu dever de legislar⁸⁷.

Observou também o referido ministro que o próprio texto da ADCT traz a previsão de que tal regulamentação deveria ser editada em doze meses a contar da Promulgação da Constituição⁸⁸. Passados quase três anos do início da vigência da Carta Magna, tal regulamentação ainda permanecia pendente.

Ressalta ainda Sepúlveda Pertence que o impetrante, fazendo uso das palavras de doutrinadores como Cretella Júnior, Hélio Tornaghi, José Afonso da Silva, Adhemar Ferreira Maciel, Celso Barbi e Wander P. Moreira quis buscar, com a injunção,

[...] o suprimimento judicial da omissão do Poder Legislativo [...] de modo a que o julgado desta Egrégia Corte venha a conferir imediata aplicação à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inertes em virtude de ausência de regulamentação e virtualmente contidos no art. 8º, § 3º, do ADCT⁸⁹.

Também, o impetrante pediu, em caráter liminar, o pagamento de aposentadoria, tendo por base o Projeto de Lei nº 180/89, há época no Senado Federal, e um substitutivo aprovado pela Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados. Tal pedido foi indeferido pelo relator, sob o argumento de que o STF vinha decidindo, em casos semelhantes, pela impossibilidade de concessão de liminar em mandado de injunção, de conteúdo positivo, tendo em vista a própria natureza do instituto, entendida, naquele momento, como mandamental. Porém, nesse ponto, o relator já destaca a posição do ministro Marco Aurélio, que, contrário à maioria, entende ser, a injunção, uma ação de natureza constitutiva⁹⁰.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 3.

⁸⁸ Ibidem, p. 3.

⁸⁹ Ibidem, p. 6.

⁹⁰ Ibidem, p. 7.

Ainda em seu relatório, o ministro Sepúlveda Pertence destacou que, tão logo indeferiu a liminar, determinou a comunicação ao Congresso Nacional sobre o teor da ação, além de pedir informações sobre o tema⁹¹.

O então presidente da Câmara dos Deputados, Paes de Andrade, informou que

Embora ainda não tenha deliberado sobre o assunto, por injunções próprias da tramitação processual legislativa, o Congresso Nacional não está omissa a respeito. (...) o tema sob enfoque é objeto de vários projetos de lei, entre os quais tem preferência regimental para apreciação o de nº 3592/89⁹².

De seu turno, o Senado Federal, por meio de seu presidente, o senador Nelson Carneiro, informou que se encontravam, em tramitação, no Congresso Nacional, os projetos de lei nº 1.329/88, 2.189/89, 2.580/89, oriundos da Câmara dos Deputados, e os de nº 180/89 e 129/89, todos tratando sobre a regulamentação do § 3º do art. 8º da ADCT⁹³.

Findo o relatório, o ministro relator passou a proferir seu voto. De início, destacou que, conforme decisões anteriores (citando como basilar a do mandado de injunção nº 107-3/DF), o STF entendeu que a injunção é uma ação de natureza mandamental. O relator reafirmou seu posicionamento já explicitado à Corte, sobre o qual declarou que “o remédio nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de modo imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado”⁹⁴.

Segundo esse entendimento, é o pedido do impetrante impossível de ser atendido. Porém, o Tribunal entende que, nele, está contido um pleito de atendimento possível: a declaração da inconstitucionalidade da omissão normativa e a cientificação do órgão competente para que a abasteça⁹⁵.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 7.

⁹² Ibidem, p. 8.

⁹³ Ibidem, p. 9.

⁹⁴ Ibidem, p. 11.

⁹⁵ Ibidem, p. 11.

O ministro relator enfatizou que a falta da norma regulamentadora, antes de ser o obstáculo que se busca transpor, constitui a condição da ação, uma vez que, por meio dela, se configura o interesse processual do impetrante da injunção⁹⁶.

Após analisar o mérito, o ministro Sepúlveda Pertence entendeu por deferir a injunção e fez um comentário que merece destaque, pois deixou transparecer o que o relator entendia ser a injunção, naquele momento – um instrumento de pouca efetividade. Vejamos:

Lamento, em casos como este, que o direito positivo – segundo a orientação da Corte, à qual, em termos dogmáticos, me mantenho solidário -, **não dê instrumentos mais eficazes, pelo menos, para induzir à urgência no suprimento da omissão constitucional do Poder Legislativo, cuja persistência frustra a eficácia da Constituição** e pode eventualmente engajar a responsabilidade patrimonial do Estado⁹⁷. (Grifo nosso).

Desta feita, o relator vota pela concessão do mandado de injunção, com vistas a declarar a mora legislativa e comunicar tal decisão ao Congresso Nacional, para que utilize dos meios adequados de urgência, pertinentes ao processo legislativo, para que tal falha seja sanada⁹⁸.

Após um adiamento, o relator aditou seu voto em função de uma colocação do Ministro Moreira Alves, durante os debates. Questionou o citado ministro a possibilidade de o Legislativo não editar a norma reguladora faltante em prazo razoável. Nesse caso, seria mister possibilitar ao impetrante um modo de obter a satisfação provisória de seu direito⁹⁹.

O relator aderiu à sugestão, destacando que tal medida não significa uma ruptura do entendimento predominante na Corte, quanto à injunção, mas sim uma forma de “concretizar potencialidades do instituto”¹⁰⁰. Ressaltou também que isso não é uma mudança de suas convicções, uma vez que, já em seu voto no julgamento mandado de injunção nº 107, destacou que poderiam ser usadas outras formas de acautelamento do direito reconhecido.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 12.

⁹⁷ Ibidem, p. 12-13.

⁹⁸ Ibidem, p. 13.

⁹⁹ Ibidem, p. 15.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 16.

Desta feita, o caso concreto em apreço se mostrou um ambiente propício para a exploração de novas possibilidades jurídicas de satisfação do direito do impetrante, no caso de o Legislativo permanecer em mora, o que causaria um prejuízo irreparável ao autor da ação¹⁰¹.

Para evitar tal situação, o relator estabeleceu as seguintes regras: (i) O prazo para que finde o processo legislativo da reclamada lei será de 45 dias, acrescidos de 15 dias para a sanção presidencial; (ii) Caso o prazo seja extrapolado, reconhece-se ao impetrante o direito de buscar, pelas vias processuais adequadas, uma sentença líquida de condenação da União, que deverá reparar-lhe as perdas e danos sofridos; (iii) caso a lei sobrevenha à quantificação das perdas e danos, a reparação ainda será devida, uma vez que a nova lei não deverá prejudicar a coisa julgada¹⁰².

Dando continuidade a discussão, o ministro Marco Aurélio passou a proferir seu voto, o qual inicia fazendo menção a críticas comumente formuladas à Constituição de 69, quanto a sua falta de eficácia. Como forma de corrigir essa imperfeição, a Constituição de 88 trouxe algumas inovações, entre elas o mandado de injunção¹⁰³.

Adiante, o ministro votante apresenta sua discordância com as soluções propostas pelo relator. Primeiro, questiona se a injunção é o instrumento adequado para expedir uma determinação destinada ao Congresso Nacional, para que legisle em determinado período de tempo, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não pode ser utilizada para tanto¹⁰⁴. Em seguida, discorda que o acesso ao Judiciário esteja obstaculizado ao impetrante, portanto, trata-se de medida sem efetividade estabelecer a possibilidade do autor da demanda procurar o Judiciário, em primeira instância, para que se estabeleça o *quantum* reparador das perdas e danos sofridos¹⁰⁵.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 19.

¹⁰² Ibidem, p. 20.

¹⁰³ Ibidem, p. 21.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 22.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 23.

Assevera o ministro que, relegar à primeira instância a decisão efetiva do caso seria transferir àquela o julgamento do mandado de injunção, contrariando, desse modo, a previsão constitucional quanto à competência para o julgamento do *writ*¹⁰⁶.

Diante dessas colocações, travou-se, em plenário, um debate entre o ministro votante e o ministro Moreira Alves, relator do MI nº 107, ocasião em que este deixou explicitadas suas convicções quanto à natureza mandamental do mandado de injunção.

Marco Aurélio questionou, então, se objeto do mandado de injunção é a comunicação ao órgão em mora e afirma ser cabível, naquele momento, a cogitação de um provimento constitutivo. Vejamos os dizeres do ministro:

Agora, vejam a situação *sui generis*: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo¹⁰⁷. (*grifos do autor*)

Moreira Alves, diante da assertiva acima, questiona contra quem seria prolatada a sentença de natureza constitutiva, sugerida pelo ministro votante: contra o Congresso Nacional? Sugere, então, o ministro Marco Aurélio, a suspensão do julgamento para que se chame ao processo quem deveria nele estar – o representante do poder Legislativo. Porém, Moreira Alves afirma que isso transformaria o STF em corte originária de milhares de processos semelhantes, o que inviabilizaria o Tribunal, afirmando que não há normatividade possível para fixar, em cada caso, a indenização cabível¹⁰⁸.

O ministro Marco Aurélio afirma que essa é a vontade da Constituição Federal: que a Corte decida tais casos. De modo diverso, seria aceitável, pela Carta Magna, que, numa situação hipotética, se tivesse provimentos diversos para uma mesma matéria. Vejamos:

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 24-25.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 25.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 25-26.

Hoje é este Impetrante, amanhã será outro; hoje cogitamos do ajuizamento de uma demanda na via que só pode ser a ordinária – aí o Impetrante ficará mais uma meia dúzia de anos até alcançar o despacho final – e, então, determinamos que é possível o ajuizamento dessa demanda para fixar-se a reparação de que cogita a lei. Há distribuição da demanda e, amanhã ou depois, julgando mandado de injunção que verse a mesma matéria, procederemos de idêntica forma e teremos, fatalmente, a distribuição da demanda, por mim agora imaginada, a um juízo diverso, surgindo um provimento que não será, necessariamente, o mesmo do primeiro. Isto é inevitável, frente à solução preconizada¹⁰⁹.

Sobre esse argumento, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence asseveraram que é inevitável o pagamento de indenizações diferentes.

O ministro Moreira Alves ainda acrescentou que, ter a injunção por natureza mandamental era o entendimento majoritário na doutrina. Em contrapartida, o ministro Marco Aurélio afirmou que isso se dava pois é missão inglória defender posicionamento divergente do STF, já que cabe a essa Corte a última palavra nas decisões¹¹⁰.

Também se versou sobre a competência para a concretização do direito pleiteado. Marco Aurélio afirma que delegar ao juízo de primeiro grau a atribuição de arbitrar a indenização devida é delegar-lhe a função de concretização da injunção. Moreira Alves discorda que isso seja uma delegação de competência. Afirma que se trata, apenas, de uma forma, dentre outras, de concretização do direito e que o STF não poderia delegar a ninguém a competência para tal concretização¹¹¹.

O ministro Marco Aurélio opta por encerrar a discussão, afirmando que não será convencido pelas razões até então apresentadas e que entende que, caso a Corte adote as medidas apresentadas pelo relator, ocorrerá a transferência de uma competência constitucionalmente delegada ao STF ao juízo de primeiro grau. Isso seria uma “forma imprópria” de se alcançar o objetivo da injunção¹¹².

O ministro votante também manifesta sua discordância quanto à comunicação ao Congresso Nacional, ao afirmar que não cabe a um Poder interferir na

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 26.

¹¹⁰ Ibidem, p. 27.

¹¹¹ Ibidem, p. 19.

¹¹² Ibidem, p. 28.

atividade precípua de outro, muito menos dando-lhe prazo para atuar. Acrescenta que o STF deveria partir “para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional. O texto prevê a reparação e, por isso, (...) entendo que ela deva ser a mais satisfatória possível”¹¹³.

Desta feita, o ministro Marco Aurélio defere o mandado de injunção no sentido de conceder a reparação, nos termos do pedido do impetrante.¹¹⁴

Em sequência, passou a votar o ministro Carlos Velloso, que ressaltou, de início, sua posição de dissidente quanto ao posicionamento majoritário da Corte. Como tal, afirmou que vê a sugestão do relator como um avanço, porém, não concorda com ela inteiramente¹¹⁵.

Para apresentar suas razões de divergência, o ministro votante cita seu voto quando do julgamento do mandado de injunção nº 232-RJ. Neste, afirma que, segundo seu entendimento, o mandado de injunção tem “caráter substantivo”, por isso pode exercer o papel da norma infraconstitucional faltante, integrando, desse modo, a norma até então incompleta.¹¹⁶ Nesse diapasão, citou em plenário um artigo de sua autoria, intitulado “As novas Garantias Constitucionais”, publicado na RDA¹¹⁷ nº 177/14, página 24, o qual é transcrito abaixo:

Registre-se que o mandado de injunção tem caráter substancial, ao contrário do mandado de segurança que é mais instrumento processual de realização de direito líquido e certo, isto é, direito subjetivo (...). O mandado de injunção, por ter caráter substantivo, faz às vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa forma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de Celso Barbi¹¹⁸, no sentido de que o juiz cria, para o caso concreto do autor da demanda, uma norma especial, ou adota uma medida capaz de proteger o direito reclamado. Acrescenta o mestre mineiro: “essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 28-29.

¹¹⁴ Ibidem, p. 32.

¹¹⁵ Ibidem, p. 33.

¹¹⁶ Ibidem, p. 33.

¹¹⁷ No corpo do citado julgado, não há informação do nome da publicação, por extenso.

¹¹⁸ Também não se faz qualquer referência de qual obra de Celso Barbi foi retirado o trecho citado.

levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes”¹¹⁹.

Afirma o ministro Carlos Veloso que dar à injunção o efeito de somente notificar a inércia ao órgão incumbido de elaborar a norma faltante é uma interpretação “que esvazia, por completo, a nova garantia constitucional¹²⁰.

Também leciona o ministro que, no mandado de injunção, se o juiz/tribunal reconhece o direito constitucional, até então ineficaz em razão da ausência de regulamentação infraconstitucional, deverá ele criar a integração do direito à ordem jurídica, por força da própria injunção, tornando o direito, deste modo, exercitável¹²¹.

Acrescenta que o texto constitucional parece-lhe bastante claro em distinguir o mandado de injunção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quando prevê a concessão da injunção como a forma de viabilizar o exercício de direito ou liberdade constitucionalmente assegurados. Essa diferença se explica pelo fato de que a ação de inconstitucionalidade tem o objetivo de defender a ordem jurídica, já o mandado de injunção tem por finalidade proteger o direito individual. A ordem jurídica, resguardada pela ação direta de inconstitucionalidade, tem caráter abstrato, enquanto que o direito individual deve ser defendido em concreto. Ademais, não há por que o constituinte ter previsto dois institutos com a mesma finalidade – dar ciência de sua inércia ao órgão competente. Deste modo, presume-se que a vontade do constituinte foi dar à injunção um efeito diverso da ação de inconstitucionalidade, que seria o de preencher o vazio da norma jurídica. O que ocorre é que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é complementada pelo mandado de injunção¹²². Encerrou, portanto, a citação de seu voto no julgamento do MI nº 232-RJ.

Em consequente, finalizou o ministro Carlos Veloso, fixando uma norma que, em concreto, tornaria viável o pleito. Essa norma foi inspirada no projeto de lei que objetivava a regulamentação do direito pretendido, há época em trâmite no Congresso Nacional, afirmando que deveria ser pago ao impetrante

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 33-34.

¹²⁰ Ibidem, p. 34.

¹²¹ Ibidem, p. 34-35.

¹²² Ibidem, p. 35.

o maior salário pago a piloto na aviação comercial brasileira, salário esse que será informado pelo sindicato da categoria, multiplicado pelo número de meses em que o impetrante ficou impedido de exercer a sua função de aviador, fazendo jus o impetrante, ademais, a habilitar-se à aposentadoria especial paga pela União por intermédio da Previdência Social, vedada a acumulação de aposentadorias¹²³.

Deste modo, o ministro deu parcial provimento ao pedido, por entender que a indenização por danos morais deveria ser buscada em ação autônoma¹²⁴.

Passou a proferir seu voto o ministro Celso de Mello. Neste, o ministro reconheceu o estado de mora do Congresso Nacional, uma vez que não produziu a norma prevista no artigo 8º, § 3º do ADCT, no prazo estipulado. Caracterizado o inadimplemento das Casas Legislativas, estas devem ser interpeladas pelo STF, conforme preconizou o relator¹²⁵.

Asseverou o ministro votante que, em outra ocasião, chegou a considerar que, em casos como o aqui em discussão, em que a própria Constituição fixou um prazo que claramente não foi cumprido, o impetrante poderia pleitear, desde logo, o benefício previsto, sem fazer uso da ação injuncional¹²⁶.

Sobre esse comentário, o ministro Moreira Alves asseverou que, se o impetrante tivesse direito à indenização, de pronto, tratar-se-ia de uma norma de eficácia contida, o que não é o caso, uma vez que a Constituição prevê o direito a indenização na forma da lei, tratando-se, portanto, de uma norma de eficácia limitada¹²⁷.

Também o ministro Sepúlveda Pertence acresceu à discussão, afirmando que, claramente, a Carta Magna delegou à lei ordinária estabelecer o *quantum* a constituir a indenização. Asseverou que, em tese, havendo prazo constitucionalmente estipulado já superado, não seria razoável à Corte estipular um novo. Porém, como, naquele momento, estava em questão a construção constitucional do mandado de injunção e de sua eficácia, isto não deveria ser considerado. Acrescentou que, em função do “jogo dos Poderes”, é mais

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 36.

¹²⁴ Ibidem, p. 36.

¹²⁵ Ibidem, p. 39-40.

¹²⁶ Ibidem, p. 40.

¹²⁷ Ibidem, p. 41.

adequado fixar novo prazo ao Congresso Nacional, deste modo, não recua em suas considerações.¹²⁸.

Após os apartes, o ministro Celso de Mello concluiu seu voto acompanhando o relator, mas fazendo registrar as ressalvas anteriormente feitas¹²⁹.

Na sequência, votou o ministro Sydney Sanches. Este iniciou suas ponderações afirmando que acorda inteiramente com o relator, inclusive quanto à estipulação de um prazo para a edição da norma faltante. Segundo este, a fixação de prazo ao Congresso Nacional não configura uma ordem, apenas uma notificação de que, caso não aja o provimento, no prazo informado, as conseqüências serão aquelas previstas no voto¹³⁰.

Quanto à aplicação da lei civil, o ministro votante ressalta que, segundo seu entender, esta deve ser utilizada enquanto não sobrevier a legislação específica para o caso, inclusive não constituindo coisa julgada, caso a nova lei decida de modo diverso¹³¹.

Em seguida, Néri da Silveira iniciou sua prolação, reconhecendo, desde então, a legitimidade ativa do requerente para impetrar o *writ*. Ademais, admitiu como devido o direito deste em receber uma reparação econômica. Também, considerou evidente a mora do Congresso Nacional, uma vez que prazo dado no ADCT¹³² havia se extrapolado a muito. Deste modo, julgou procedente o mandado de injunção no sentido de estipular prazo ao Legislativo para que suprisse a lacuna normativa¹³³.

Em sequência, votou o ministro Moreira Alves. Este reafirmou a natureza mandamental da injunção, o que o levou a dizer que

em casos excepcionais, quando o Estado se valesse de sua omissão no regulamentar direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, seria lícito ao Poder Judiciário impedi-lo disso por medidas concretas (como a suspensão de processo administrativo ou judicial) que não implicassem a

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 41.

¹²⁹ Ibidem, p. 42.

¹³⁰ Ibidem, p. 43.

¹³¹ Ibidem, p. 45.

¹³² Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹³³ BRASIL. op. cit., p. 46.

regulamentação *in concreto* ou *in abstracto* da norma constitucional dependente de regulamentação¹³⁴.

Desta feita, decidiu pelo provimento do mandado de injunção, reafirmando a hipótese de marcação de prazo para que o Congresso Nacional legislasse sobre o tema¹³⁵.

Ainda, retomou a discussão sobre a participação, ou não, da União no pólo passivo da demanda, afirmando que podem exercer esse papel apenas as autoridades, órgãos ou poderes a quem se imputa a omissão discutida. Deste modo, não há como a decisão da injunção condenar a União ao pagamento da indenização. Por isso, a reparação financeira deve ser buscada em ação própria, na justiça comum¹³⁶.

Por fim, o presidente Aldir Passarinho proferiu seu voto, no qual acompanhou o relator, assim como as restrições formuladas pelo ministro Sydney Sanches, asseverando que, embora possam existir divergências quanto à decisão da matéria pelo juízo de primeiro grau, estas deixarão de existir quando da promulgação da lei faltante, de modo que as decisões que antevirem à nova norma serão antecipação dos direitos reconhecidos pela Corte Constitucional¹³⁷.

Ao término, o ministro Moreira Alves retificou seu voto, em face dos debates, afirmando que passou a acompanhar o relator assim como as ressalvas formuladas pelo ministro Sidney Sanches¹³⁸.

Ao final do julgamento, o extrato da ata assumiu os seguintes dizeres:

Decisão: preliminarmente, o Tribunal rejeitou a proposta de conversão do julgamento em diligência, vencidos os Srs. Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal, pelo voto médio deferiu, em parte, o Mandado de Injunção nos termos do voto do Ministro Relator, no que foi acompanhado integralmente pelos Ministros Célio Borja, Octávio Gallotti, vencidos, em parte, na sua extensão os Srs. Ministros Sydney Sanches, Moreira Alves e Presidente e ainda em parte, os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e Néri da Silveira e vencido o Min. Marco Aurélio que

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 48.

¹³⁵ Ibidem, p. 48.

¹³⁶ Ibidem, 48-49.

¹³⁷ Ibidem, p. 51.

¹³⁸ Ibidem, p. 52.

entendia que desde logo deveriam ser fixados os limites da reparação pecuniária¹³⁹.

O mandado de injunção nº 283 também foi considerado pela doutrina como um importante episódio na jurisprudência do STF. Dele, falam muitos autores, destacando as inovações desse julgado.

José da Silva Pacheco é um dos que cita as peculiaridades dessa decisão. Um dos pontos que destaca é a inovação da fixação de um prazo para que o Legislativo supra a ausência da norma questionada. Também, de forma inédita, a Corte decidiu que, caso a mora do legislador persista além do prazo estipulado, o impetrante pode buscar uma reparação econômica na justiça comum¹⁴⁰.

Destaca o mesmo autor que, em 1994, deu-se, no STF, o julgamento do MI 355-6 DF e MI 439-1-RJ, que também versavam sobre a omissão legislativa a impedir a concretização do direito previsto no art. 8º, § 3º, do ADCT e, nesses casos, entendeu a Corte não ser mais cabível fixar um novo prazo ao Congresso Nacional, para que legislasse sobre o tema, uma vez que o prazo dado quando do julgamento do MI 283 já havia expirado a muito. Deste modo, assegurou-se aos impetrantes que, de pronto, ajuizassem na Justiça Comum a devida ação de perdas e danos¹⁴¹.

Gilmar Mendes e Paulo Branco destacam o ineditismo da decisão ao afirmarem que, pela primeira vez, houve a estipulação de prazo ao Legislativo, para que atuasse no sentido de colmatar a lacuna normativa, sob pena de o Judiciário assegurar, ao requerente prejudicado, o direito negligenciado¹⁴².

Para Carlos Augusto A. Machado, a decisão do MI 283-DF tratou-se de um avanço no posicionamento do STF, uma vez que, a partir deste, passou-se a conceber um prazo para a elaboração da regulamentação, assim como a possibilidade de ajuizamento,

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 53.

¹⁴⁰ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 399

¹⁴¹ Ibidem, p. 396-397

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1322.

segundo o direito ordinário, de ação de reparação de natureza econômica, como forma de o Estado ressarcir os prejuízos sofridos pelo impetrante¹⁴³.

Também é imperioso citar os dizeres de Ricardo Silveira Ribeiro, que taxa o MI 283-5 como um momento de descontinuidade interpretativa do instituto, uma vez que a decisão tomada já havia sido sinalizada em julgados anteriores, mas até então, como teses vencidas. Ademais, houve também, naquele momento, a sinalização de teses futuras¹⁴⁴.

Passaremos agora a tratar de outro caso pinçado da jurisprudência do STF, o mandado de injunção nº 670-9 ES.

2.3 Mandando De Injunção Nº 670-9/ES

O mandado de injunção nº 670-9 foi apreciado pela Corte cerca de 12 anos após a decisão proferida no MI 283-5. Devido ao decurso temporal, a composição do plenário do STF era já bem diferente daquela que apreciou o MI 283-5. Em 1991, participaram do julgamento os ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, Aldir Passarinho, Célio Borja e Octávio Gallotti. Já no período de 2003 a 2007 (período em que fora apreciado o MI 670-9), estiveram presentes os ministros Maurício Correa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Brito, Carmem Lúcia, César Peluso, Joaquim Barbosa e Celso de Mello¹⁴⁵.

Ou seja, do grupo que defendeu a natureza mandamental da injunção e admitiu como efeitos cabíveis o reconhecimento da mora legislativa e a notificação ao Congresso Nacional - para que tratasse sobre o tema em um prazo estipulado - restaram apenas três ministros (Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello) quando da apreciação do MI 670-9. Porém, é válido ressaltar que, já naquela ocasião, os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello apresentavam considerações dissonantes da maioria.

¹⁴³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas 2004, p. 109.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 129-130.

¹⁴⁵ Dados fornecidos por email pela Seção de Memória Institucional – Supremo Tribunal Federal, em 27 out 2011.

O presente mandado de injunção trata de pedido formulado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL, que pleiteava a efetivação do direito garantido pelo art. 37, VII da Constituição Federal¹⁴⁶: o direito de greve dos servidores públicos civis.

Conforme já citado, as discussões quanto ao MI 670-9 tiveram início em maio de 2003 e foram finalizadas somente em outubro de 2007, ou seja, duraram mais de quatro anos. Analisando o acórdão e levando-se em conta o lapso temporal, percebe-se que o assunto foi amplamente discutido pelo Plenário, até que se chegasse às conclusões expostas na ementa, transcrita abaixo:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nº 7.701/1988 E 7.783/1989¹⁴⁷.

Também foram destacados os pontos abaixo, como de fundamental valor na decisão proferida:

- i *Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: No julgamento do mandado de injunção nº 107/DF, o plenário entendeu por destacar os seguintes elementos operacionais da injunção: o direito resguardado é o da expedição de um ato normativo, o que, em regra, não poderia ser

¹⁴⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

¹⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 1.

satisfeito por meio da prestação jurisdicional dada pelo STF; a decisão concessiva da injunção declara a existência de uma omissão inconstitucional, que pode ser parcial ou total; a decisão a cerca da existência ou não da omissão é dotada de eficácia *erga omnes*; essa gama de poderes institucionais legitima a Corte a determinar a edição de outras medidas que garantam os direitos do impetrante até a expedição de normas pelo órgão omissor. Com o passar do tempo, o STF flexibilizou o primeiro mandamento, dando uma compreensão mais abrangente à injunção. Deste modo, o Tribunal passou a admitir soluções normativas como alternativas legítimas de dar efetividade à proteção judicial empregada¹⁴⁸.

- ii *O mandado de injunção e o direito de greve dos servidores públicos civis na jurisprudência do STF:* O exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis já fora discutidos, por diversas vezes, pelo STF, em sede de injunção. Em todas essas oportunidades, a Corte decidiu por declarar a existência da mora legislativa. Porém, no julgamento do MI 631/MS, aventou-se a possibilidade de aplicação da lei que disciplina os o mesmo direito no âmbito do setor privado – lei 7.783/1989)¹⁴⁹.
- iii *Direito de greve dos servidores públicos civis. Hipótese de omissão legislativa inconstitucional. Mora judicial, por diversas vezes, declarada pelo plenário do STF. Riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria. A experiência do direito comparado. Legitimidade de adoção de alternativas normativas e institucionais de superação da situação de omissão:* A ausência de parâmetros jurídicos para avaliar os movimentos grevistas dos servidores públicos civis tem afastado o exercício de direitos constitucionais. Ainda, quando da apreciação desse mandado de injunção pela Corte, o direito de greve dos servidores permanecia sem receber tratamento legislativo minimamente

¹⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id= 558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 1-2.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 2.

satisfatório. Deste modo, o STF não pode se abster de reconhecer que a atividade jurisdicional deve recair também sobre os casos de inatividade ou omissão do Legislativo. Ademais, a mora legislativa em discussão já fora, diversas vezes, declarada. Por isso, a permanência dessa situação, de ausência de regulamentação, pode configurar o risco de consolidação de uma omissão judicial típica. Levando-se em consideração o direito comparado, principalmente o italiano e o alemão, pode-se admitir que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima para superar a omissão inconstitucional, sem que isso se configure como uma ofensa à separação de Poderes¹⁵⁰.

- iv** *Direito de greve dos servidores públicos civis. Regulamentação da lei de greve dos trabalhadores em geral (lei nº 7.783/1989). Fixação de parâmetros de controle judicial do exercício do direito de greve pelo legislador infraconstitucional:* A discussão deve abranger o aparente conflito entre o direito de greve dos servidores civis e o direito, dos cidadãos, a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, os chamados “serviços essenciais”. Deve-se considerar também que, não se trata de poder discricionário do legislador editar normatização sobre o direito de greve, uma vez que este foi previamente definido pela Constituição. Nesse diapasão, não é possível deixar a cargo do legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve, sob pena de se esvaziar um direito fundamental positivado. Porém isto não significa obstar a uma posterior atividade legislativa sobre o tema. Reconhecida, portanto, a omissão, seria o caso de acolher o pedido do impetrante no que tange a aplicação da lei 7.738/98 até que o assunto seja devidamente regulamentado por lei específica. Por fim, salienta-se que o sistema de “judicialização” do direito de greve dos

¹⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 2-3.

servidores públicos civis está “aberto” para que outras atividades sejam regulamentadas pelo mesmo regime¹⁵¹.

- v *Fixação do prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nº 7.701/88 e 7.783/89:* A aplicação das citadas leis não impede a fixação de regime de greve mais severo, quando da análise do caso concreto, em se tratando de “serviços ou atividades essenciais”. A decisão aqui prolatada também objetivou definir a competência para apreciação de possíveis dissídios. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema, a Corte fixa o prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria, além de determinar a aplicação das leis 7.701/88 e 7.783/89 para regradar os movimentos grevistas dos servidores públicos civis¹⁵².

Passemos, agora, a expor as considerações feitas pelo ministro Maurício Corrêa relator originário. Em sua exposição, afirma trata-se de demanda na qual o Sindicato dos Policiais Civis do Espírito Santo pleiteava exercer o direito constitucional da greve, que vinha sendo obstado por decisão liminar dada pelo juiz do TJES. Desta feita, é pleito do impetrante a citação do Congresso Nacional para que edite a regulamentação ao inciso VII do art. 37 da Carta Magna, além de garantir, aos associados, o direito de greve na forma prevista pela lei 7.783/89, enquanto não editada a norma específica¹⁵³.

Em seu voto, assevera, de início, que não é legítimo ao Poder Judiciário, nos limites típicos da ação de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve, pois, se assim se desse, estaria ocorrendo uma substituição do legislador, o que extrapola o âmbito de competência prevista na Constituição. Também não se encontra no rol de possibilidades do

¹⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id= 558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 4.

¹⁵² Ibidem, p. 5-7.

¹⁵³ Ibidem, p. 8-9.

mandado de injunção a faculdade de fixar prazo para que Congresso Nacional atue sobre o tema¹⁵⁴.

Deste modo, o ministro conhece, em parte, do pedido formulado, admitindo apenas a declaração da mora do Congresso Nacional¹⁵⁵.

Após a prolação do voto do ministro Maurício Corrêa, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos, o que ensejou o voto-vista tratado adiante.

O ministro votante justificou seu pedido de vista afirmando que pretendia apreciar a conformação constitucional do mandado de injunção e a evolução da interpretação conferida pelo STF¹⁵⁶.

Gilmar Mendes afirma que o mandado de injunção é um instrumento de controle de constitucionalidade, consagrado pela Constituição de 1988, destinado à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, instituto diferente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que se trata de modalidade de controle abstrato da omissão¹⁵⁷.

Quanto ao tratamento dado pelo STF à injunção, o ministro cita a decisão proferida quando da análise do MI 107-3/DF, ocasião em que se afirmou que o *writ* é o instrumento adequado para a realização de direitos constitucionais, inviáveis em função da ausência de regulamentação. Apesar disso, o Tribunal se limitava a declarar a nulidade, além de determinar ao legislador que realizasse a providência requerida. Deste modo, a decisão da injunção se assemelhava a da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, na medida em que ambas possuem natureza obrigatória ou mandamental e se destinam a obter uma ordem judicial dirigida a outro órgão estatal¹⁵⁸.

¹⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 11.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 12.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 14.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 16.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 19.

Observa-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, como forma de controle abstrato da constitucionalidade, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*¹⁵⁹.

Segundo a orientação adotada pelo STF, o constituinte pretendeu dar aos dois institutos significado processual semelhante, uma vez que deu às duas espécies de controle de constitucionalidade consequências jurídicas idênticas. A diferença entre os institutos consistia em sua destinação: enquanto a injunção pretendia proteger um direito subjetivo, a ADI por omissão poderia ser instaurada sem que houvesse um interesse jurídico específico ameaçado. Nesse diapasão, afirmou o ministro que “a equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal”¹⁶⁰.

Quanto à eficácia da decisão, o ministro votante afirma que, uma vez que o controle abstrato da constitucionalidade tem eficácia *erga omnes*, e a Corte entende que o constituinte pretendeu atribuir à injunção consequências jurídicas idênticas às daquele sistema, entende-se que a decisão proferida no mandado de injunção deveria também ser dotada de eficácia *erga omnes*. Isso se concretizaria, por exemplo, na suspensão dos questionamentos, que tramitem na esfera administrativa e judicial, relativas ao mesmo tema, discutidos por mandado de injunção¹⁶¹.

Ao citar o mandado de injunção 283/DF, o ministro destaca que, pela primeira vez, o Tribunal delimitou um prazo para que a norma faltante fosse expedida, sob pena de assegurar ao requerente a satisfação dos direitos prejudicados¹⁶².

Em seguida, ao analisar o MI 232/RJ, O STF decidiu por dar um prazo de seis meses ao Congresso Nacional para que editasse a norma faltante. Caso o prazo se extinguisse sem a devida regulamentação, o requerente passaria a gozar do direito pleiteado, naquele caso, a imunidade prevista no artigo 195, § 7º da Constituição Federal^{163 164}.

¹⁵⁹ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 19.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 20.

¹⁶¹ Ibidem, p. 20-21.

¹⁶² Ibidem, p. 22.

¹⁶³ CF, Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Também Gilmar Mendes cita a decisão proferida no julgamento do MI 284, no qual o requerente pleiteava a regulamentação do artigo 8º do ADCT (cujo pedido era o mesmo do MI 283/DF). Nesse caso, uma vez que o Congresso Nacional permanecia em mora, mesmo após a notificação expedida em decorrência da decisão do MI 283/DF, a Corte decidiu que uma nova notificação, no mesmo teor, era prescindível e deu ao impetrante o direito imediato de buscar a reparação econômica segundo o direito comum¹⁶⁵.

Segundo o ministro, as referidas decisões indicam que o STF adotou a possibilidade de editar uma regulamentação provisória¹⁶⁶.

Quanto ao direito de greve dos servidores públicos civis, objeto da ação em comento, o ministro votante destaca que a ausência de regulamentação agrada tanto os representantes dos trabalhadores (que acreditam que a limitação levaria a um tipo de cerceamento do exercício do direito de greve), quanto aos representantes governamentais (que entendem que a regulamentação “criaria” o direito de greve), o que propiciou prejuízo irreparável para uma parcela considerável da população, além de “um quadro de selvageria, com sérias consequências para o Estado de Direito”. Por isso, Gilmar Mendes considera injustificáveis a inércia legislativa sobre o tema e a inoperância das decisões do STF, até então¹⁶⁷.

Ressalta também, o ministro, sua preocupação quanto ao Tribunal não assumir um “protagonismo legislativo”, ao editar uma normatização provisória para o tema. Entretanto, diante do que fora dito, afirma que, naquele momento, uma decisão sem efetividade por parte da Corte tratar-se-ia de uma espécie de omissão judicial¹⁶⁸.

Destaca, ainda, que desde a promulgação da Constituição de 1988, o direito de greve dos servidores públicos não recebeu, do legislativo, o tratamento minimamente suficiente, deste modo, “é de concluir que não se pode considerar simplesmente que a

Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...).§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

¹⁶⁴ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id= 558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 24.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 26.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 27.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 30.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 31.

satisfação do exercício do direito (...) deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo¹⁶⁹.

Gilmar Mendes leciona, ainda, que não está a defender que o STF deva assumir a função de legislador positivo. Apenas enfatiza que, do mesmo modo que o Judiciário exerce controle sobre as atividades do legislador, deve agir também quando este é inativo¹⁷⁰.

Sobre o papel das Cortes Constitucionais pelo mundo, o ministro cita Rui Medeiros:

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

(...) A reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas, por pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção ‘activa’ do Tribunal Constitucional. ‘Efectivamente’, enquanto para eliminar um limite normativo e estabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social¹⁷¹.

Citando ainda o mesmo autor, Gilmar Mendes assevera que dois critérios norteiam esse entendimento: o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória. Ainda, destaca que as sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em regra, quando integram ou complementam um regime

¹⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 35.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 36.

¹⁷¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. P. 493-494 *apud* BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 38.

previamente descrito em lei, ou quando o magistrado adota uma solução “constitucionalmente obrigatória”¹⁷².

O ministro ainda acrescenta que há um conflito entre o direito de greve dos servidores públicos e o direito à mínima prestação de serviços públicos tidos como essenciais. Por se tratar de direitos previamente definidos pela Constituição, não pode o legislador deixar de disciplinar sobre o assunto. Portanto, identifica-se a necessidade de uma solução obrigatória, sob uma perspectiva constitucional¹⁷³.

Ademais, afirma que uma reiterada omissão do legislador pode e deve ser apreciada pelo Judiciário, de forma a garantir os direitos constitucionais e concretizar uma “proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito”¹⁷⁴.

Ademais, assevera o ministro que, o que propõe é uma mudança de perspectiva, quando as possíveis jurisdições a serem aplicadas no caso de omissões legislativas inconstitucionais, afirmando que, para o caso, não se pretende afastar-se da vontade do legislador, uma vez que a regulamentação a ser adotada seria uma norma legal, porém aplicada no âmbito do serviço privado¹⁷⁵.

Por fim, conclui o ministro que seu voto é no sentido de reconhecer a omissão legislativa, portanto, conhecendo da injunção, e acolhe o pedido no sentido de se aplicar a lei 7.783/89, enquanto não sobrevier a regulamentação devida¹⁷⁶.

Assevera também que a fixação de parâmetros mínimos, pela decisão judicial, é necessária para que não se configure uma injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional. Por isso deve ser aplicada, também, a lei nº 7.701/88, quanto à

¹⁷² MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. P. 501-504 *apud* BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id= 558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 39-40.

¹⁷³ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id= 558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 41-42.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 42.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 44.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 45.

competência para apreciar e julgar conflitos decorrentes da greve dos servidores públicos civis¹⁷⁷.

Procurando ser coerente com a evolução jurisprudencial da Corte, Gilmar Mendes propõe a fixação de um prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre o tema¹⁷⁸.

Em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski pediu vista, em função da importância da decisão que seria tomada pelo Tribunal, uma vez que se daria uma nova configuração ao instituto da injunção¹⁷⁹.

Após breve relatório, o ministro afirmou que, sob seu entender, “é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário”¹⁸⁰.

Também, o ministro Lewandowski passou a discorrer sobre as correntes doutrinárias existentes quanto aos efeitos da decisão da injunção. Segundo seus dizeres, existem três pensamentos possíveis, representados por (i) aqueles que consideram que a decisão deve ser meramente declaratória da omissão inconstitucional, defendida pelos doutrinadores adeptos de “uma visão mais ortodoxa do princípio da separação de Poderes”; (ii) aqueles que admitem ser o Judiciário competente para viabilizar o exercício do direito no caso concreto, através da remoção do obstáculo da ausência de regulamentação (iii) e também por aqueles que entendem que cabe ao Judiciário elaborar a norma faltante, suprimindo, assim, a inadimplência do legislador¹⁸¹.

Outrossim, destacou o ministro que a solução proposta por Gilmar Mendes colmata-se à última corrente e sustenta-se sob o argumento de dar plena efetividade às normas constitucionais e “na aceitação de um modelo de separação de Poderes mitigado”. Ademais, o mandado de injunção é considerado, por constitucionalistas estrangeiros e nacionais, como

¹⁷⁷ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 46.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 51.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 68.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 74.

¹⁸¹ Ibidem, p. 76.

instrumento eficaz de realização do Princípio da Aplicabilidade Imediata das Normas Definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais, contido no art. 5º, §1º da Constituição/88^{182 183}.

Porém, para que o mandado de injunção seja considerado dessa forma, “é preciso superar uma visão estática, tradicional, do princípio da separação dos Poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado contemporâneo, podem ser desempenhadas de forma compartilhada, sem que isso implique na superação da tese original de Montesquieu”¹⁸⁴.

Ainda discutindo sobre a finalidade da injunção, o ministro votante acrescenta que, apesar de o mandado de injunção servir a realizar concretamente o direito, liberdade ou prerrogativa até então inviável, os regulamentos expedidos em sede de decisão não devem ter eficácia *erga omnes*, sob pena de o Judiciário estar se intrometendo, de forma indevida, na esfera de competência do Legislativo, poder este composto por representantes da soberania popular¹⁸⁵.

Destarte, por não entender como semelhantes a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado, Ricardo Lewandowski defende não ser possível o emprego de analogia, aplicando a lei 7783/89 ao caso¹⁸⁶. Segundo o ministro,

(...) a solução ideal para o caso sob análise deve passar pela autolimitação do Judiciário no que concerne às esferas de atuação dos demais poderes, sem que este abdique da transcendental competência que a Constituição lhe

¹⁸² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁸³ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 78-79.

¹⁸⁴ ALAS, Leopoldo Tolívar. *Derecho Administrativo y Poder Judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 14 *apud* BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 79.

¹⁸⁵ BRASIL, op. cit., p. 80.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 84.

confere, de dar concreção aos direitos e garantias fundamentais, qualquer que seja a natureza da norma que os abrigue quanto à respectiva eficácia¹⁸⁷.

Conforme os dizeres acima, a *solução ideal* seria a de uma justa medida da jurisdição, de modo que esta não deixe de ser prestada, porém, sem invadir a esfera de competência dos outros poderes.

Por fim, Lewandowski decidiu pelo conhecimento da injunção, dando-lhe parcial provimento, garantindo ao policiais civis o direito de greve, sem que o governo do estado do Espírito Santo possa adotar medidas que inviabilizem ou limitem esse direito¹⁸⁸.

Em seguida, por meio de aditamento a seu voto, o ministro Lewandowski afirmou que, após conversa com líderes sindicais, chegou à conclusão de que a aplicação da lei 7783/89 ao setor público, na verdade, inviabilizaria o exercício do direito de greve porque ocorreria a “falta absoluta de canais institucionais” quando das negociações e tratativas inerentes ao movimento grevista¹⁸⁹.

Após, o ministro Eros Grau, relator do mandado de injunção nº 712, que versa sobre o mesmo tema, elaborou explicação sobre seu posicionamento defendido naquele mandado de injunção¹⁹⁰.

Observou que não houve, em seu parecer, nenhuma referência à analogia, em contrapartida ao que fora afirmado pelo ministro Lewandowski. De outro modo, afirma que “o que lá está exposto respeita ao exercício, pelo Poder Judiciário, de uma função normativa, não legislativa”. Ademais, assevera que não adere ao “modelo de separação de Poderes mitigado”, apesar das afirmações do ministro Lewandowski, e que também “evoluiu” em seu pensamento, acompanhando a formulação do Ministro Gilmar Mendes¹⁹¹.

Tendo em vista as afirmações do ministro Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes também apresentou explicações quanto a seu voto. Lecionou o ministro que, em estudo à jurisprudência da Corte no que tange ao direito de greve, verificou que este é objeto

¹⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 85.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 85.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 86-87.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 88.

¹⁹¹ Ibidem, p. 88-89.

de dilações desde 1988 e que esta falta de regulamentação, possivelmente, favoreça de alguma forma, as partes envolvidas na questão. Por isso entende o posicionamento das centrais sindicais sobre o tema¹⁹².

Ainda, quanto à questão de o Judiciário estar exercendo o papel precípua do Poder Legislativo, asseverou que

(...) não acho que, a priori, a partir da verificação de uma omissão, deva o Tribunal imiscuir-se na esfera legislativa, e desde logo, produzir normas. Evidentemente, há todo um quadro de institucionalidade a ser respeitado.

No entanto, conforme vimos e tive a oportunidade de elencar, são inúmeros os pronunciamentos desta Corte – citei o MI nº 20, Ministro Celso de Mello; MI nº 485, Ministro Maurício Corrêa; MI nº 585, Ministro Ilmar Galvão. Todas essas decisões se limitavam a fazer apelos ao legislador; conforme sabemos, os apelos caíram no vazio por conta da convergência de visões que levaram a essa inoperância.

(...)

Diante dessas considerações e tendo em vista essas premissas específicas, eu sustentava, na linha também do voto do ministro Eros Grau, a necessidade de, neste caso, trilharmos o modelo de uma possível sentença de caráter aditivo, de modo a adotarmos o modelo mais severo das greves dos serviços de atividades essenciais¹⁹³.

Baseado nesta afirmação, empreende-se que o Ministro Gilmar Mendes, ao prever a aplicação da lei 7783/89 ao caso, se propõe a dar à injunção um caráter concretista, pois a mera notificação da mora legislativa, até então, se mostrou totalmente improdutiva.

Também, seria possível a aplicação da mencionada lei uma vez que o Tribunal já prolatou, em diversas outras ocasiões, “sentenças aditivas no âmbito da interpretação”. Desde modo, é possível esse tipo de decisão também no mandado de injunção, “por já haverem sucessivas advertências, sugestões e recomendações ao Congresso no sentido de efetivar, concretizar, regular essa matéria que tende de disciplina desde 1988”¹⁹⁴.

¹⁹² BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id= 558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 90.

¹⁹³ Ibidem, p. 93-94.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 94.

Dando continuidade, o ministro Joaquim Barbosa pediu a palavra, no sentido de fazer algumas considerações.

Iniciou ressaltando sua preocupação com que chamou de “processo deliberativo de tomada de decisões numa democracia saudável”¹⁹⁵, por isso pediu vista dos autos.

O ministro Celso de Mello, na sequência, proferiu seu voto antecipadamente, afirmando que este julgamento trata-se de questão de grande importância social, uma vez que será definida a real natureza do mandado de injunção, como instrumento de efetivação de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais¹⁹⁶.

Asseverou o ministro que, passados quase 19 anos, desde a promulgação da Constituição de 1988 até aquela data, o Congresso Nacional não havia legislado sobre a matéria, lacuna esta que configuraria claro abuso de omissão na prestação legislativa, uma vez que já se teve superado um prazo razoável para tal atividade. Nesse contexto, o mandado de injunção se mostraria um valioso instrumento de neutralização da inércia legiferante¹⁹⁷.

Diante da latente mora legislativa, o entendimento predominante na Corte no que tange ao mandado de injunção (firmado a partir do julgamento do MI 107/DF) como instrumento destinado à mera declaração de omissão inconstitucional, não mais pode vigorar, “**sob pena de se esterilizar** a importantíssima função político-jurídica **para a qual foi concebido**, pelo constituinte, **o mandado de injunção**, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas” (*grifos do autor*)¹⁹⁸.

Portanto, a questão em discussão é a admissibilidade, ou não, no caso em apreço, do remédio constitucional da injunção, que foi tratado pela Constituição como instrumento processual destinado a viabilizar o exercício de direitos, liberdades e

¹⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 97.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 99.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 106-107.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 108-109.

prerrogativas outorgados pela própria Carta Magna e a neutralizar as consequências lesivas decorrentes da inadimplência legislativa¹⁹⁹.

Também lecionou o ministro votante que se faz necessária uma reflexão sobre o relevante problema da omissão do Estado, em decorrência da inércia de suas instituições, que, por si só, configura um desrespeito à Constituição²⁰⁰.

Citando obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz, o ministro ressalta ainda que “a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição (uma vez que altera o alcance da letra Constitucional), expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário”, devendo ser declarada, portanto, inconstitucional²⁰¹.

Desta feita, diante da inescusável supremacia da Constituição, torna-se essencial coibir o desprestígio da Norma Fundamental, seja este decorrente de ação ou omissão dos órgãos estatais²⁰². Nos dizeres do ministro,

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela autoridade da Constituição **e configura**, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, **pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo** do que elaborar uma Constituição, **sem** a vontade de fazê-la cumprir integralmente, **ou**, então, **de apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se revelarem **convenientes** aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos²⁰³. (*grifos do autor*)

¹⁹⁹ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 109-110.

²⁰⁰ Ibidem, p. 113.

²⁰¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Max Limonad, p. 230-232 *apud* BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 116.

²⁰² BRASIL, op. cit., p. 117.

²⁰³ Ibidem, p. 119.

Em decorrência desse fato, ocorre o que o ministro chamou de “fenômeno da erosão da consciência constitucional”, que se traduz em um processo de desvalorização funcional da Constituição escrita²⁰⁴.

Por todo o exposto, o ministro acompanhou o voto dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, por entender que a solução defendida por esses membros da Corte “não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, (...) mas dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis”²⁰⁵.

Em sequência, proferiu seu voto o ministro Sepúlveda Pertence. De pronto, ressalta que não irá abandonar suas colocações quando do julgamento do MI nº 107, acreditando que o mandado de injunção não deve ser o meio pelo qual o Judiciário substituirá o Congresso, uma vez que, algumas vezes, a demora em legislar não é um simples problema de inércia ou falta de vontade de legislar do poder competente e sim a “impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita”, fato inerente ao processo legislativo democrático²⁰⁶.

Porém, o caso em análise, tratar-se-ia de uma “inércia abusiva e geradora de uma anomia de relevo gritante”, nos dizeres do ministro²⁰⁷. Deste modo, ele propôs, em caráter didático, duas soluções:

Mas, ou nos conformamos com essa inércia que, digo, é abusiva – o que seria demitirmo-nos da guarda da Constituição que nos foi confiada – ou, a meu ver, a solução propugnada por ambos os relatores – Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes – me convencem que ela, no momento, é a mais razoável²⁰⁸.

Dando sequência, iniciou a prolação de seu voto o ministro Carlos Ayres Brito, destacando o princípio da Máxima Eficácia das Normas Constitucionais, vigente quando se trata dos direitos e liberdades constitucionalmente assegurados.

²⁰⁴ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 121.

²⁰⁵ Ibidem, p. 124.

²⁰⁶ Ibidem, p. 126-127.

²⁰⁷ Ibidem, p. 127.

²⁰⁸ Ibidem, p. 128.

Quanto ao princípio citado, é valido destacar que, nos dizeres de José Afonso da Silva, a Constituição não deixa dúvidas quanto à eficácia e aplicabilidade das normas sobre direitos fundamentais ao trazer no parágrafo 1º do artigo 5º a previsão de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação **imediata**”²⁰⁹ (grifo nosso). Porém, apenas essa menção não garante a eficácia plena aos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente resguardados, por estes dependerem de positivação adequada, por isso o citado autor afirma que tal previsão, em regra, é norma de eficácia contida²¹⁰ e aplicabilidade imediata²¹¹.

Ainda, quando se trata de direitos fundamentais, também a doutrina trata do princípio da máxima efetividade como aquele que visa atribuir, a uma norma constitucional, o sentido que lhe dê maior eficácia, maior aptidão para produzir os efeitos que lhe são característicos²¹².

O próprio ministro Ayres Brito, ao prefaciар a obra de Carlos Augusto Alcântara Machado, cita o princípio em questão como sendo uma das mais importantes regras de hermenêutica, uma vez que obriga ao intérprete constitucional atribuir à Constituição a máxima eficácia por si mesma, sem que isso se configure uma confusão entre as atividades judiciárias e legislativas²¹³.

Ao invocar o princípio da máxima efetividade, o ministro Ayres Brito assevera que

(...) ou a Constituição é plenamente eficaz à face de um dispositivo para tanto aparelhado, apetrechado, ou, se for o caso de ausência de norma regulamentadora de que dependa o efetivo gozo de um direito ou liberdade constitucional, faz-se uso do mandado de injunção. Os dois dispositivos (*art.*

²⁰⁹BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em <WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 julho 2011.

²¹⁰ “Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 11-20 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 12.

²¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 180.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

²¹³ AYRES BRITO, Carlos. in MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p.12

5º, § 1º e inciso LXXI, da Constituição Federal) hão de ser interpretados casadamente e não solteiramente, pois cumprem a mesma função de tornar a Constituição plenamente eficaz nesse tema fundamental dos direitos e liberdades constitucionais, (...) ²¹⁴.

Também o ministro destaca que a injunção é uma modalidade de ação constitucional, inserida no sistema de freios e contrapesos, a favor da atividade do Poder Judiciário, uma vez que o habilita a atuar no “espaço vago deixado intencionalmente pelo Poder Legislativo”. Daí ser o Judiciário legitimado a produzir uma norma individual - uma sentença – nesses casos. Assim o fazendo, o Poder Judiciário não estará legislando, mas sim se debruçando sobre o caso em concreto, decidindo sobre os temas ali em discussão. ²¹⁵.

O ministro assevera, ainda, que a Constituição, ao prestigiar o Judiciário com tal prerrogativa, o fez como uma forma de repudiar duramente a inação do Poder Legislativo; inércia esta de significativa gravidade, pois impede o gozo dos direitos e liberdades constitucionais, ou seja, a realização da vontade objetiva do constituinte. Nas palavras do ministro, trata-se de um “poder constituído a esterilizar, por inapetência legislativa, o Poder Constituinte” no que tange às garantias dos direitos e liberdades fundamentais ²¹⁶.

Concluindo, o ministro prolator afirma que é de conhecimento comum da Corte que o mandado de injunção é cabível, apenas, de uma norma constitucional de eficácia limitada, portanto, não há sentido em dar à decisão judicial a mesma eficácia, devendo esta ser eivada de eficácia plena, como forma de garantir a própria efetividade do texto constitucional. Por isso, manifesta-se no sentido de acompanhar o voto do ministro Gilmar Mendes ²¹⁷.

Passou a prolar seu voto a ministra Cármen Lúcia, iniciando uma discussão, em plenário, sobre as delimitações do direito de greve dos servidores públicos civis.

²¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id= 558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 130.

²¹⁵ Ibidem, p. 30-131.

²¹⁶ Ibidem, p. 132-133.

²¹⁷ Ibidem, p. 134.

Também a discussão se estendeu sobre a eficácia da decisão: se *inter partes* ou *erga omnes*. Sobre esse ponto, esclareceu o ministro Gilmar Mendes, em aparte, que, nos casos de omissão inconstitucional resolvidas, a decisão acaba por ter eficácia *erga omnes*, de forma inevitável, conforme entendimento vigente na doutrina em Direito Comparado. Isso enseja que, na prática, a decisão a ser dada nesse caso concreto aplicar-se-á aos demais casos semelhantes, a ponto de o STF não necessitar mais pronunciar-se sobre casos idênticos²¹⁸.

A ministra votante, durante o debate, destaca que se passaram cinco legislaturas desde que a Constituição preconizou o direito de greve aos servidores públicos civis, sem que este tenha recebido a devida regulamentação. Ademais, há 13 anos, o STF já havia julgado mandado de injunção sobre o mesmo tema e colocado em mora o Congresso Nacional. Diante desse quadro específico, ocorreria o que ela denominou de *fraude à Constituição*²¹⁹.

Por isso, conclui seu voto no sentido de acompanhar o ministro Eros Grau, ressaltando que compartilha do entendimento do ministro Ayres Brito no que tange à não caracterização do efeito *erga omnes* à decisão, uma vez que “o mandado de injunção tem natureza integrativa, ou seja, de integrar o ordenamento para o caso concreto diante dos Impetrantes”²²⁰.

Em sequência, proferiu voto o ministro Cezar Peluso. Após suscitar discussão sobre a aplicação da lei nº 7.783/89 ao caso concreto, o ministro ressaltou que, sob seu entender, o mandado de injunção é o instrumento processual adequado a tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, impedidos de serem praticados por falta de regulamentação. Portanto, é inapropriado considerar o *writ* como meio de se estimular o Poder Legislativo a produzir a norma faltante. Deste modo, o mandado de injunção enseja a edição de uma regra singular e concreta, a ser aplicada para o caso e para as partes a ele vinculadas²²¹.

²¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 139-140.

²¹⁹ Ibidem, p. 143-144.

²²⁰ Ibidem, p. 144.

²²¹ Ibidem, p. 148-149.

Destaca, ainda, que julga procedente o mandado de injunção, o fazendo acompanhando o voto do relator para o acórdão, e, assim sendo, admite a formação de uma regra singular e concreta, porém, não a formação de um modelo aberto, sob o qual o servidor, para exercer o direito de greve, devesse buscar o Judiciário de forma antecipada. Isso seria não dar efetividade ao *writ*²²².

Após uma ativa discussão sobre conceitos relativos ao direito de greve, principalmente sobre o que seriam *serviços essenciais* e *serviços inadiáveis*, e de que modo estes poderiam ser paralisados, o plenário chegou a uma interessante conclusão: são inúmeras as dificuldades enfrentadas pelo legislador no ato de legislar, dificuldades estas experimentadas pelo Plenário, naquele momento, com uma diferença, destacada nos dizeres do ministro Ayres Brito, que afirmou que “não se pode obrigar o legislador a legislar, mas o Judiciário é obrigado a julgar”. Por isso, alguma resposta efetiva deveria ser dada ao caso²²³.

Decorridos alguns meses, o ministro Joaquim Barbosa proferiu seu voto-vista. De modo introdutório, destacou que, paralelamente às discussões do MI 670/ES, a Corte também apreciava os mandado de injunção de números 708 (de relatoria do ministro Gilmar Mendes) e 712 (relatado pelo ministro Eros Grau), que versavam sobre o mesmo assunto, de modo que, quando o ministro Gilmar Mendes leu seu voto sobre o MI 670/ES, também o fez o ministro Eros Grau, relativo ao MI 712. Nessa ocasião, restou claro que ambos os ministros eram a favor de uma solução normativa para o caso, defendendo a aplicação da lei 7.783/89, com algumas ressalvas. Quanto à abrangência dos efeitos da decisão, destacou o ministro Gilmar Mendes que esta teria abrangência geral, ocasionando efeitos *erga omnes*²²⁴.

Em função disso, o ministro votante apresentou um voto conjunto dos MI 670 e 708²²⁵.

Destacou, por oportuno, que, levando-se em conta toda a jurisprudência produzida por aquela Corte, na qual o STF reconheceu, desde cedo, as dificuldades em traçar

²²² BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 150-152.

²²³ Ibidem, p. 163-165.

²²⁴ Ibidem, p. 170.

²²⁵ Ibidem, p. 173.

os limites da deliberação em mandado de injunção, por isso se deu o gradativo avanço nas decisões, no que tange ao objetivo do *writ*. Esse cuidado tomado pelo Tribunal tinha o escopo de evitar qualquer extrapolação de competência por parte da Casa, daí o avanço paulatino nas decisões²²⁶.

Quanto aos efeitos da decisão, o ministro ressaltou que compartilha do entendimento de que dar à decisão um caráter *erga omnes* não é algo recomendável, porém destaca a dificuldade que provavelmente se instalará na Corte, que terá que apreciar inúmeros feitos semelhantes²²⁷. Nesse diapasão, admite que, caso negado o efeito mais abrangente à decisão, o resultado prático será a repetição das afirmações feitas nesse julgamento, quando da apreciação dos outros casos semelhantes que, com certeza, sobrevirão. Por isso, propõe a edição de súmula vinculante sobre o tema²²⁸.

Desta feita, afirmou que

O que proponho, é que o mandado de injunção não seja configurado como mecanismo do desespero, para suprir o que o Congresso não faz, perpetuando e dando suporte à patológica omissão legislativa. O que sugiro é que o mandado de injunção seja apenas um instrumento para legitimar a abertura, nas instâncias apropriadas, de um debate constitucional amplo, apenas retirando as amarras da noção de eficácia contida no direito²²⁹. (*grifos do autor*)

Assim sendo, o ministro concedeu o mandado de injunção nos mesmos termos do voto do ministro Lewandowski, destacando que (i) declarou a mora do Congresso Nacional; (ii) determinou a observações das restrições constitucionais sobre a natureza peculiar do serviço público e (iii) restringiu os efeitos da decisão para o caso concreto²³⁰.

Em sequência, votou o ministro Marco Aurélio, que, fazendo uso de seu voto proferido no MI 721-1/DF, destaca, de pronto, que defende ser a injunção o instrumento adequado para, no caso concreto e de forma temporária, estabelecer a realização e os limites

²²⁶ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 174.

²²⁷ Ibidem, p. 177.

²²⁸ Ibidem, p. 183.

²²⁹ Ibidem, p. 178.

²³⁰ Ibidem, p. 185.

do direito inviabilizado pela ausência da norma regulamentadora, daí a natureza mandamental do *writ*²³¹.

Ressalta, também, que, por estar no rol elencado no artigo 5º da Carta Magna, o mandado de injunção tem aplicação imediata. Desse modo, a injunção mostrou-se instrumento capaz de “tornar concreta, tornar viva a Lei Maior”. Desse modo, não se deve confundir a atuação da Corte, quando da concessão do mandado de injunção, com a atividade de legislar, uma vez que o Judiciário, nessas ocasiões, não lança no mundo jurídico um preceito abstrato e sim viabiliza, no caso concreto, o direito negado, de modo que, a decisão do magistrado “faz lei entre as partes”, apenas²³².

Também, o ministro votante deu destaque à necessidade de o STF rever sua posição quanto à injunção, abandonando a postura que transformou o *writ* em algo que não é interessante à prestação jurisdicional, uma vez que se destina a, simplesmente, declarar a existência do ato omissivo, para dar-lhe a capacidade de reforçar a supremacia da Constituição²³³.

Em seguida, o ministro fez longa explanação sobre o dissídio coletivo e individual, temas relevantes do Direito do Trabalho, que poderiam ser aplicados ao caso. Também ditou regras específicas a serem aplicadas nos casos tratados no MI 708-0/DF e MI 712-8/PA, além daquelas relacionadas ao MI 670/ES²³⁴.

Quando à fixação de um prazo ao Congresso Nacional para que este produza regulamentação sobre o direito de greve dos servidores públicos, ressaltou o ministro Marco Aurélio que, adotando-se uma interpretação sistemática da Constituição, isso não é possível, uma vez que não há qualquer previsão dessa medida no texto da Carta Magna²³⁵.

²³¹ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 186-187.

²³² Ibidem, p. 187.

²³³ Ibidem, p. 188.

²³⁴ Ibidem, p. 192-198.

²³⁵ Ibidem, p. 198.

O ministro Ricardo Lewandowski manifestou-se, em aparte, no mesmo sentido, sob o argumento de que a iniciativa para tratar da matéria deve ser do Executivo, então se trata de medida inócua a fixação de prazo ao Legislativo²³⁶.

Por fim, a ministra Ellen Gracie proferiu ser voto e, sem delongas, acompanhou o inteiro teor do voto do ministro Gilmar Mendes, prolatado no MI 708²³⁷.

Deste modo, a decisão da causa se deu da seguinte forma:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa, que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações²³⁸.

Conforme o exposto, restou demonstrado que o STF, nesse julgamento, alterou sobremaneira seu posicionamento quanto ao mandado de injunção, considerando-o, no caso, como meio destinado a suprir a lacuna legislativa (determinando a aplicação da legislação existente quanto ao direito de greve no setor privado), além de dar à decisão efeitos *erga omnes*, adotando claramente a posição Concretista Geral²³⁹.

Ainda, em relação ao tema, Gilmar Mendes teceu uma explanação sobre a viragem da jurisprudência no que tange o direito de greve dos servidores públicos. Fazendo um histórico, afirma que a matéria foi apreciada pelo Supremo, pela primeira vez, quando do julgamento do MI nº 20, ocasião em que a Corte decidiu que direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido enquanto não sobreviesse a devida regulamentação, sob o argumento de que a norma constitucional que trata do assunto era provida de eficácia limitada, portanto, desprovida de autoaplicabilidade²⁴⁰.

²³⁶ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 – 9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 24 março 2011, p. 200.

²³⁷ Ibidem, p. 204.

²³⁸ Ibidem, p. 206.

²³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 179.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1325.

Em outros julgamentos, o Tribunal se posicionou da mesma forma: apenas reconhecendo a mora legislativa. Citam-se os MI nº 485 e MI 585/TO. Porém, já nessas ocasiões, o ministro Carlos Velloso destacava a necessidade de, provisoriamente, aplicar-se a mesma regulamentação do movimento grevista no âmbito privado, como modo de viabilizar o direito de greve garantido na Carta Magna²⁴¹.

Mas foi no julgamento dos MI 670/ES, MI 712/PA e MI 708 que concretizou-se a adoção de uma solução normativa e concretizadora que viabilizasse o exercício do direito de greve no âmbito do serviço público. Nesses casos, os relatores recomendaram a adoção de uma sentença aditiva²⁴².

Configurou-se, sobre o tema da greve, uma reiterada conduta omissiva do Legislativo que deve ser submetida à apreciação do Judiciário, e devidamente censurada, de modo que se garantam, minimamente, os direitos constitucionalmente reconhecidos. Trata-se de uma efetiva prestação judicial, direito este também resguardado na Carta Magna²⁴³.

Frisa-se que, ao adotar o modelo de “sentença aditiva” italiano, está a se respeitar a vontade hipotética do legislador, uma vez que se adota, de forma provisória, lei já existente no ordenamento, que regulamenta o mesmo direito no âmbito privado. Por isso o relator do acórdão entendeu ser cabível a proposição de adoção de efeito *erga omnes* para a decisão, proposição também formulada pelo ministro Eros Grau, relator do MI 712²⁴⁴.

Deste modo, o STF afastou-se de sua orientação inicial, que se limitava em declarar a existência da mora legislativa e passou a adotar um modelo de sentença aditiva, “modificando substancialmente a técnica de decisão do mandado de injunção, realizando a edição de uma regulamentação específica para o caso, sem que isso signifique o exercício da função típica do Poder Legislativo”²⁴⁵.

²⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1325.

²⁴² Ibidem, p. 1328.

²⁴³ Ibidem, p. 1329.

²⁴⁴ Ibidem, p. 1331.

²⁴⁵ Ibidem, p. 1334.

Nesse ponto, nos parece oportuno trazer à tona informação contida no site do Supremo Tribunal Federal, onde há uma relação dos temas de omissão inconstitucional ainda não regulamentados. São eles:

- i *Aposentadoria Especial do art. 40, § 4º, da Constituição Federal:* quanto a este tema, os pedidos consistem em viabilizar a contagem de tempo de forma diferenciada, para fins de aposentadoria, nos casos em que o servidor público exerce suas funções em ambiente insalubre. Como não há regulamentação sobre o tema, o STF tem decidido pela adoção dos mesmos parâmetros estabelecidos para os trabalhadores da iniciativa privada, regidos pelo regime geral da Previdência Social, lei 8213/91. Quando do julgamento do MI 721/DF, que versou sobre o tema, ficou assentado que cabe ao Judiciário não somente declarar a omissão do Poder responsável pela regulamentação, mas também viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito pleiteado, afastando, por conseguinte, as consequências da inércia legislativa. No mesmo sentido, foram as decisões dos MI 758/DF, MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, MI 835/DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 975/DF, MI 991/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.152/DF, MI 1.182/DF, MI 1.270/DF, MI 1.440/DF, MI 1.660/DF, MI 1.681/DF, MI 1.682/DF, MI 1.700/DF, MI 1.747/DF, MI 1.797/DF, MI 1.800/DF e MI 1.835/DF²⁴⁶.
- ii *Direito de greve:* a decisão de três mandados de injunção, os de nº 670/ES, 708/DF e 712/PA trouxe as balizas para o exercício do direito de greve no serviço público civil, garantido no art. 37, VII da

²⁴⁶BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

Constituição Federal. Nesses casos, decidiu-se pela aplicação da lei 7.783/89, naquilo que for cabível²⁴⁷.

- iii Aviso Prévio Proporcional: A Corte, julgando pedidos formulados em mandado de injunção, declarou a mora legislativa quanto à regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional garantido no art. 7º, XII, da Constituição Federal. Nesse sentido, foram decididos os MI 369/DF, MI 95/RR, MI 124/SP, MI 278/MG e MI 695/MA²⁴⁸.

3 SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO JUDICIAL: A POSIÇÃO CONCRETISTA DO STF EM ACORDO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

3.1 Teoria da separação de Poderes

O princípio da separação de Poderes está inscrito no texto constitucional em seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁴⁹.

Segundo José Afonso da Silva, quando a Carta Magna se refere a *Poder Executivo*, *Poder Legislativo* e *Poder Judiciário* temos expressões de duplo sentido, que se referem, ao mesmo tempo, às funções legislativas, executiva e jurisdicional, além de indicar os respectivos órgãos que as exercem²⁵⁰.

²⁴⁷BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

²⁴⁸Ibidem.

²⁴⁹BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em <[WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 18 julho 2011, p. 1.

²⁵⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008, p. 106.

Destaca, o mesmo autor, que o Poder político exercido pelo Estado tem a característica de ser uno, indivisível e indelegável, decorrentes da origem desse poder – ser uma representação da multiplicidade de grupos sociais diferenciados, que são coordenados para a vida em comum. Deste modo, não seria apropriado falar em *divisão* ou *delegação* de poderes.

No mesmo sentido posiciona-se Savonitti Miranda, que destaca que a tripartição do Poder tem a finalidade de limitar a atuação estatal. Deste modo, é equivocado afirmar que existem três poderes estatais. Na verdade, há três funções do Estado, que devem atuar de forma harmônica e coordenada, de modo que atuem sempre em prol de um fim comum²⁵¹.

Nesse contexto, os limites de atuação das funções estatais não podem se dar de forma absoluta, pois é necessário certa flexibilização na delimitação dessas prerrogativas, tendo em vista a necessidade de “impedir que os poderes criados se tornassem tão independentes a ponto de se desgarrarem de uma vontade política central que deve informar toda a organização estatal”²⁵².

O Estado manifesta-se por meio de seus órgãos, que podem ser *supremos* (aqueles instituídos pela Constituição, a quem cabe o exercício do poder político) ou *dependentes* (que formam a Administração Pública). Desta feita, é possível afirmar que o governo é o conjunto de órgãos pelos quais a vontade do Estado se concretiza. Por ser o poder uno, indivisível e indelegável, este se desdobra em *funções*: a legislativa, a executiva e a judiciária²⁵³.

Restou explicitado, nos dizeres do autor, que não se confundem os conceitos de *distinção de funções de poder* com o de *separação ou divisão de Poder*, tendo em vista que o primeiro se refere à especialização de tarefas do Estado, em função de sua natureza, enquanto o segundo consiste em delegar a um determinado órgão o exercício de determinada

²⁵¹ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 529-530.

²⁵² Ibidem, p. 530.

²⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008, p. 108.

função. Havendo apenas um órgão exercendo todas as funções, temos o modelo de *concentração de poderes*²⁵⁴.

É possível afirmar, segundo José Afonso da Silva, que a divisão de poderes fundamenta-se em duas bases: a especialização funcional e a independência orgânica. Segundo estas, cada órgão é especializado em exercer a função que pratica, sendo efetivamente independente dos demais²⁵⁵.

A origem do Princípio da separação de Poderes, da forma como é definida nos tempos modernos, pode ser atribuída a Montesquieu, porém, o tema já era desenvolvido por Aristóteles, John Locke e Rosseau.

Segundo a teoria clássica de Montesquieu,

Há, em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar” e o outro chamaremos simplesmente “o poder executivo do Estado”.

(...)

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor²⁵⁶.

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008, p. 108.

²⁵⁵ Ibidem, p. 109.

²⁵⁶ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Texto integral. 1ª ed, 1748. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 165.

Assevera José Afonso da Silva que, hoje, o princípio da separação de Poderes atua de forma menos rígida, de modo a atender as necessidades da ampliação da atividade do estado contemporâneo²⁵⁷.

Paulo Bonavides leciona que a preocupação em traçar uma linha precisa das competências de cada um dos poderes era típica do constitucionalismo do Estado Liberal, predominante até meados do séc. XX. Ademais, para o estabelecimento do Estado de Direito, era imperioso a organização dos Poderes, a distribuição de suas competências e a concretização de um equilíbrio funcional e harmonia entre estes²⁵⁸.

Nesse diapasão, a relação entre os poderes, no Estado contemporâneo, se dá em forma de colaboração ou de independência orgânica e harmônica²⁵⁹.

Quanto ao conceito de “independência orgânica e harmonia” entre os poderes, a própria Constituição o contempla, no art. 2º ao afirmar que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, característica esta típica do regime presidencialista²⁶⁰.

A independência dos poderes significa que: (i) a investidura e permanência de uma pessoa em determinado órgão de governo independe da confiança e vontade dos demais; (ii) os titulares desses cargos não necessitam consultar ou requerer autorização dos demais para o exercício das atribuições que lhes são próprias; (iii) na organização dos serviços, cada órgão é livre, devendo ser observadas, apenas, as disposições constitucionais sobre o tema. Já a harmonia entre os poderes pressupõe “a cortesia no trato recíproco e o respeito às prerrogativas e faculdades” inerentes a cada um dos poderes²⁶¹.

É imperioso ressaltar que existe sim interferência de um poder para com os outros, porém, estas visam ao estabelecimento de um sistema de “freios e contrapesos”, necessário ao equilíbrio da atividade Estatal, a fim de evitar o arbítrio e desmando por parte

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008, p. 109.

²⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2011, p. 599-600.

²⁵⁹ SILVA, op. cit., p. 109.

²⁶⁰ Ibidem, p. 109.

²⁶¹ Ibidem, p. 110.

dos representantes dos poderes, de modo a atingir, da melhor forma, o fim precípua do Estado: o bem da coletividade²⁶².

Nesse contexto, por exemplo, cabe ao Legislativo, a edição de normas, de caráter geral e impessoal, e cabe ao Judiciário o controle de constitucionalidade destas, o que pode ensejar a não aplicação de uma norma formalmente perfeita.

O sistema de freios e contrapesos é o caracterizador da harmonia entre os poderes. Por meio dele demonstra-se que Executivo, Legislativo e Judiciário só exercerão suas funções de forma satisfatória se estiverem em harmonia, sem que um órgão exerça domínio sobre o outro, tampouco usurpe atribuições dos demais. Deve haver, entre eles, colaboração e controle recíproco, a fim de se evitar desmandos, distorções e, conseqüentemente, desarmonia²⁶³.

Destaca-se, também, que o princípio da separação de Poderes comporta exceções, devidamente elencadas no texto constitucional, principalmente quando este prevê incompatibilidades relativas ao exercício de determinadas funções dos poderes²⁶⁴.

Ressalta Paulo Bonavides que a preocupação em embasar os estudos constitucionais no modelo de organização tripartida do poder era característico do Direito Constitucional da segunda metade do sec. XX, concepção esta ligada ao advento do Estado Liberal. Hoje, o novo direito constitucional preocupa-se em validar a Lei Fundamental quanto à garantia dos direitos fundamentais. Ou seja, no modelo do “velho direito constitucional, a tensão transcorria menos no campo das relações do cidadão com o Estado do que no domínio mais sensível e delicado das relações de Poderes”. Já no “novo direito constitucional”, a discussão centraliza-se nos direitos fundamentais²⁶⁵. Presume-se, dos dizeres do autor, que a discussão quanto à rigidez da separação de Poderes restou superada pela moderna preocupação na efetivação dos direitos fundamentais.

Assevera Gonet Branco que a organização e limitação dos poderes, em sede de Constituição, deve se dar pelo parâmetro dos direitos fundamentais. Segundo o autor,

²⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008, p. 109.

²⁶³ Ibidem, p. 111.

²⁶⁴ Ibidem, p. 111.

²⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2011, p. 601.

A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem²⁶⁶.

Ressalta Gonet Branco que a organização e limitação dos poderes se dá em função da máxima efetivação dos direitos fundamentais²⁶⁷, ou seja, não se pode falar do cerceamento ou ineficácia de determinado direito fundamental em função de uma rígida divisão dos poderes do Estado.

Compartilhando do mesmo entendimento, Alexandre de Moraes afirma que não há dúvidas quanto à estreita ligação entre a defesa da separação de Poderes e dos direitos fundamentais, como condição essencial para a consolidação do Estado democrático de direito²⁶⁸.

Nesse sentido, a atividade do poder legislativo deve ser coerente com os direitos tidos como fundamentais, sendo primordial que as normas editadas regulamentem a concreção destes. No caso de ausência dessas normas, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os remédios cabíveis. Também, o Poder Judiciário vincula-se aos direitos fundamentais, devendo, quando do exercício de sua função precípua, primar por conferir-lhes a máxima eficácia possível. Ainda, “sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais”²⁶⁹.

3.2 Ativismo judicial

Segundo Elival da Silva Ramos, pode-se entender ativismo judicial como o desempenho da função jurisdicional do Estado de modo que venha a causar tensão entre os Poderes. Assevera o autor que “a censura imposta por Cortes Constitucionais aos atos

²⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

²⁶⁷ Ibidem, p. 167.

²⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 405.

²⁶⁹ MENDES e GONET BRANCO. op. cit., p. 172.

legislativos é algo extremamente delicado no contexto das relações entre Poderes”. De outro turno, temos o texto constitucional, caracterizado pela fluidez da linguagem, o que enseja a falta de parâmetros claros e precisos para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos prolatados pelo Legislativo. Diante desse quadro, as soluções apontadas pelas Cortes Constitucionais tendem a ser questionadas sob o ponto de vista técnico-jurídico, sob a suspeita de terem extrapolado às competências do Poder Judiciário. Em resumo, esta é a problemática do ativismo judicial²⁷⁰.

Porém, não se deve condenar, de pronto, o exercício do controle de constitucionalidade do modo como é praticado pelas Cortes Constitucionais.

O citado autor assevera que a prática de uma jurisdição constitucional é o resultado natural advindo das constituições rígidas, superiores hierarquicamente às demais normas. Porém, o controle das atividades dos poderes Executivos e Legislativo não pode se dar de forma livre, devendo ser balizado pelo princípio maior de preservação da Constituição. Nesse contexto, é certo que a interpretação pode ensejar mudanças constitucionais, porém, esta mesma interpretação deve ser praticada com o cuidado de não violar a Constituição²⁷¹.

Quando se pretende estudar o fenômeno do ativismo judicial, está se fazendo uma avaliação do modo de exercer a jurisdição em determinado sistema normativo, por isso o fenômeno será percebido de forma diferente quando da análise no direito comparado, pois ele está intrinsecamente relacionado ao papel institucional do Poder Judiciário de cada país²⁷².

Nesse sentido, o autor afirma que há duas grandes “famílias” quando se trata das fontes do direito: a romano-germânica e a do *common law*. Na primeira, “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”. Já no segundo sistema, a jurisprudência é a principal fonte do direito, de modo que as decisões judiciais exercem a função de definir a controvérsia e se tornam precedentes para a apreciação de casos futuros²⁷³.

²⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22-23.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 25.

²⁷² *Ibidem*, p. 104.

²⁷³ *Ibidem*, p. 104-105.

Nesse contexto, é possível afirmar que no sistema do *common law* a atividade jurisdicional muitas vezes se destaca mais que a atividade legislativa. Por isso é difícil caracterizar uma disfunção no exercício da função judiciária. O que não ocorre no sistema romano-germânico, no qual o juiz deve analisar o caso tendo por parâmetro a lei e a Constituição, posteriormente verificando a pertinência do precedente apontado²⁷⁴.

Sendo o sistema brasileiro derivado da família romano-germânica e o sistema estadunidense derivado do modelo do *common law*, não se deve ter este como paradigma para modelar aquele, quanto à força de uma decisão judicial.

Ainda tentando definir o conceito de ativismo judicial, Elival da Silva Ramos faz uma reflexão sobre o princípio da separação de Poderes. De início, afirma que este é um princípio inerente ao Estado Democrático, que consiste em identificar as funções estatais associadas a cada um dos poderes – Executiva, Legislativa e Jurisdicional – de modo que estas tenham delimitada um núcleo essencial que não pode ser exercido senão pelo poder competente. Nesse contexto, o ativismo judicial objeto de críticas é aquele que permite ao Judiciário ultrapassar os limites da sua função precípua, em detrimento, principalmente, da função legislativa²⁷⁵.

Quando se fala da função jurisdicional, é imperioso destacar dois aspectos desta, que se desdobra na análise do contencioso objetivo e do contencioso subjetivo. De um lado, ocorre a aplicação do direito objetivo a uma situação fática. Porém, essa situação pode envolver direitos e interesses subjetivos, de modo que seja necessário verificar a adequação de uma norma ao modelo Constitucional. Em ambos os casos, deve estar presente a função de pacificação social, objetivo importante da função jurisdicional²⁷⁶.

Também é imperioso destacar que, no âmbito da Hermenêutica (segundo o Novo constitucionalismo), a atividade jurisdicional assumiu também uma natureza híbrida, cognoscitiva e criativa, “a qual propicia, mais do que a aplicação, a concretização de normas,

²⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106-107.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 112-117.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 118-119.

cujos elementos estão apenas contidos *in fieri* nos textos legislativos”²⁷⁷. Nesse contexto, assevera o autor que

As decisões judiciais, portanto, são (...) necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa²⁷⁸.

Nesse sentido, o autor destaca sua concepção quanto à relação entre Poder Legislativo e Judiciário. Não se deve distinguir as funções de jurisdição e administração – ou seja, aplicação do direito – e função legislativa de forma descontextualizada. Os atos legislativos são instrumentos materiais de veiculação da norma geral e abstrata, que deverá estar subordinada à norma Constitucional. Por seu turno, os atos jurisdicionais se referem à aplicação dos atos de legislação, de modo que contribuem de forma limitada e moderada na “modelagem do conteúdo desses atos”²⁷⁹. Para o autor, este é o modelo de atuação judiciária compatível com o princípio da separação de Poderes.

Outro tema de relevante importância para o entendimento do fenômeno ativismo judicial é a discussão sobre a discricionariedade da atividade legislativa e judiciária. Em sede de conceito, a discricionariedade significa uma liberdade de ação, porém dentro de um marco normativo. No exercício da Jurisdição, as decisões são consideradas manifestações do poder discricionário inerente à atividade interpretativa. Ademais, na atividade judiciária, a discricionariedade ainda se presta a tornar menos intenso o controle jurídico dos atos do Poder público, em função exatamente da liberdade permitida em algumas de suas práticas²⁸⁰.

Quanto à atividade legislativa, a discricionariedade, sob o aspecto material, é bastante reduzida, uma vez que, para compor o nível primário do ordenamento jurídico, o legislador está adstrito apenas às normas constitucionais²⁸¹. Porém, a liberdade do legislador é

²⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 119.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 120.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 120-121.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 123.

limitada à Constituição também sob o aspecto de que este deve seguir a determinação daquela, no sentido de produzir regulamentação quando a Carta assim o exigir. Não pode o legislador utilizar-se do poder discricionário para imiscuir-se do dever de legislar em determinados assuntos quando a Constituição assim o determinar que o faça. É o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis, do direito à reparação econômica previsto no art. 8º, § 3º do ADCT e da previsão de estabilidade do servidor público militar, prevista no art. 42, § 9º da Constituição, objetos de discussão no capítulo 2 desse trabalho.

Por isso, conclui-se que, quanto à discricionariedade, a atividade legislativa pode utilizar-se desse poder na medida em que haja inexistência de parâmetros normativos ou que estes sejam flexíveis, enquanto que a discricionariedade judicial relaciona-se à criatividade no campo da interpretação²⁸².

Desta feita, entende-se o ativismo judicial como o exercício da função jurisdicional exercido além dos limites impostos pelo próprio ordenamento. Segundo Elival da Silva Ramos, a atividade jurisprudencial assume caráter negativo quando suas práticas importam na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes. Esse fenômeno golpeia frontalmente o Poder Legislativo, o qual é criticado, muitas vezes, por exercer sua atividade legiferante de forma irregular ou insuficiente²⁸³.

Quanto à prática jurisprudencial brasileira, o citado autor destaca que a ultrapassagem de marcos normativos, ou seja, a mudança na interpretação dos limites substanciais a serem observados pelo Judiciário no exercício de sua função, não significa, necessariamente, decisões ativistas inaceitáveis. No que se refere ao Direito Constitucional, o fenômeno ativismo se refere diretamente à atividade de interpretação e aplicação da Carta Magna, que compreende a análise da supremacia hierárquica das normas constitucionais, da fluidez e imprecisão muitas vezes presentes na norma constitucional, tudo isso permeado pela posição de supremacia funcional do Poder Judiciário (definida pela própria Carta) no tocante ao controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas²⁸⁴.

²⁸² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

²⁸³ *Ibidem*, p. 129.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 139-140.

Muitas vezes, a discussão sobre o ativismo se restringe à atividade de controle de constitucionalidade, porém, destaca-se que ela não ocorre somente nesta esfera. Destarte, para esse trabalho, só será abordada essa forma mais discutida, pois é a que demonstra pertinência temática com o tema aqui em discussão.

O exercício ativista da jurisdição é aquele que distorce, de algum modo, o sentido daquilo disposto na Carta, de modo que o Judiciário estaria desvirtuando a vontade do Poder Constituinte Originário, a ponto de cercear a atividade de outro Poder. Em sede de controle de constitucionalidade, essa agressão à norma Maior pode se dar de duas formas: pela deformação da normatividade constitucional e do direito infraconstitucional²⁸⁵.

Já quanto à atividade Legislativa, destaca-se que a intervenção desse Poder, em matéria constitucional, pode ser analisada sob dois enfoques: aqueles casos em que a intervenção é explicitamente vedada e os outros em que esta é exigida pela própria Constituição. Nas situações em que a atividade legislante é permitida ou exigida, podemos distinguir dois tipos normativos: as normas integrativas, que são aquelas que se fundem aos preceitos constitucionais para compor uma disciplina unitária sobre a matéria; e as normas de desdobramento, que expandem a disciplina sobre os princípios e regras constitucionais a que se referem²⁸⁶.

Nesse contexto, destacamos a existência das chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas em que a intervenção legislativa é necessária para que possam ter plena eficácia. Nesses casos, a intervenção legislativa se dá sob a forma da edição de atos que se integrem à prescrição Constitucional, dando-lhe plena eficácia. A ausência dessa normatização enseja a declaração de constitucionalidade por omissão²⁸⁷.

Na tentativa de proteger a força normativa da Constituição, a nova Hermenêutica enfatiza a distinção entre dois princípios basilares: o princípio da interpretação da força normativa das normas constitucionais e o da máxima efetividade constitucional. O primeiro enseja na solução dos problemas jurídico-constitucionais de modo a prevalecer uma eficácia ótima do texto constitucional, sem abandonar seus pressupostos normativos; já o

²⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 181-182.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 182-183.

segundo, de forma bastante semelhante, visa dar a uma norma constitucional a maior eficácia possível. No constitucionalismo brasileiro pós 1988, o princípio da força normativa se “encarnou” em dois institutos, cunhados para dar “consequência jurídica ao dever estatal de implementação das norma de eficácia limitada”. São eles o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁸⁸.

O mandado de injunção, conforme já fora falado, desde seu nascimento, suscitou na doutrina ardente discussão sobre os efeitos de sua decisão. A partir da decisão do MI 721-7/DF, o significado da injunção distanciou-se daquele da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois passou a ter uma natureza constitutivo-condenatória ou constitutivo-mandamental²⁸⁹.

Segundo os dizeres de Ramos, essa modificação quanto à injunção é acertada sob três aspectos:

Em primeiro lugar, ajusta-se melhor ao princípio da força normativa da Constituição e ao subprincípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais; em segundo lugar, proporcional mais adequada sistematização da matéria atinente ao combate da omissão constitucional, pois não há de existir dois instrumentos que o façam como os mesmos efeitos práticos; finalmente, também em atenção ao elemento sistemático, visto sob um outro ângulo, a efetivação, em concreto, de direitos fundamentais sediados em normas carentes de regulamentação infraconstitucional, resulta em se adensar o sentido da norma do § 1º, do artigo 5º, da CFF^{290 291}.

Desse modo, conclui o autor que, em sede de injunção, por esta ser pautada no princípios acima elencados, não há que configurar o fenômeno ativista. Segundo este, a “nova fonte de poderes normativos atípicos do STF constitui um reforço aos fatores de impulsão do ativismo”, mas não este propriamente dito²⁹².

Porém o autor faz uma ressalva:

A se confirmar em novos julgados a orientação que remete a injunção brasileira ao controle abstrato da omissão legislativa, com a prestação de suprimento normativo precário por parte do Poder Judiciário, revestido de eficácia *erga omnes*, caberia reavaliar a orientação assumida desde os

²⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194-196.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 196.

²⁹⁰ “art. 5º, § 1º, CF - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²⁹¹ RAMOS, op. cit., p. 196.

²⁹² *Ibidem*, p. 303-304.

primórdios da jurisprudência acerca do instituto, que afirmou ser tutelável pelo *writ* todo e qualquer direito de porte constitucional. Uma vez acentuada a excepcionalidade da atuação do Judiciário em sede de mandado de injunção, deveria o objeto do remédio ficar adstrito ao plano dos direitos e garantias fundamentais veiculados por normas de eficácia limitada e de natureza preceptiva, dando assim, maior concreção ao princípio estabelecido no art. 5º, § 1º, da Constituição²⁹³.

Também sobre o fenômeno do ativismo, é válido dar destaque ao artigo de Manoel Messias Peixinho, intitulado *O princípio da separação dos Poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais*, publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, em 2008, no qual o autor discute sobre o papel da Jurisdição Constitucional no novo entendimento do Princípio da separação de Poderes.

Segundo o autor, no chamado *direito constitucional contemporâneo*, o juiz passou a exercer um novo papel, bem menos passivo, deixando de ser um mero escravo da lei, restrito a pronunciar a vontade do legislador, para tornar-se um partícipe da sociedade e defensor da democracia. Isso se dá, pois a atividade do novo juiz deixou de ser exclusivamente jurídica e passou a ter poderes de provocar transformações políticas, sociais e econômicas, pois sua missão hermenêutica repercute não apenas no âmbito da interpretação das leis ou da Constituição, mas também em no conjunto fático de toda a sociedade²⁹⁴.

Ainda, no que concerne o controle de constitucionalidade, o novo juiz é o guardião da Constituição contra ataques de todos os tipos que visem a violar direitos fundamentais. Por isso, o juiz deve exercer uma atividade discricionária visando à solução de casos difíceis, casos estes que não teriam uma solução satisfatória se fossem utilizados, unicamente, métodos tradicionais de judicialização²⁹⁵.

Essa atividade discricionária do judiciário, tratada por alguns como ativismo judicial, não pode representar qualquer incompatibilidade com o regime político democrático, devendo ser entendida de forma positiva, pois se dá de modo a reforçar duas bases da

²⁹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 304.

²⁹⁴ PEIXINHO, Manoel Messias. *O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais*. In Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008: Brasília. p. 4031 – 4054. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em 03 jun. 2011, p. 9.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 9.

democracia constitucional: a garantia dos direitos dos cidadãos e a conseguinte limitação do poder político e a asseguaração da soberania popular²⁹⁶.

Essa visão é compatível com o neoconstitucionalismo, que propõe a construção de uma nova teoria constitucional que não se limita ao reconhecimento da organização das competências do Estado, indo em direção a buscar a efetivação dos direitos fundamentais e das garantias típicas do estado democrático. Desta feita, a judicialização não significa a negação da imprescindibilidade do Poder Legislativo²⁹⁷.

Concluindo, o direito constitucional contemporâneo reconhece que o modelo da separação dos Poderes deve ser visto de uma nova maneira, considerando-se a existência de uma Jurisdição Constitucional, que possibilita a concretização dos direitos fundamentais²⁹⁸.

3.3 A posição concretista do STF e sua colmatação à Constituição Federal.

A posição concretista em mandado de injunção é tema bastante discutido pelos doutrinadores constitucionalistas. De modo geral, a posição concretista individual é bastante aceita, enquanto que a posição concretista geral é objeto de inúmeras críticas, sendo a principal delas o argumento de que, ditando uma regra de aplicabilidade *erga omnes*, o STF estaria elaborando uma espécie de normatização para o tema, atividade esta que é precípua do Poder Legislativo. Portanto, segundo esses estudiosos, editar uma norma com abrangência geral seria uma usurpação do poder de legislar.

Nesse sentido, se pronuncia o ministro Ayres Brito, ao apresentar a obra de Carlos Augusto Alcântara Machado. O ministro afirma que, utilizar o mandado de injunção

²⁹⁶ Gisele Cittadino *apud* PEIXINHO, Manoel Messias. *O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais*. In Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008: Brasília. p. 4031 – 4054. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em 03 jun. 2011, p. 14.

²⁹⁷ PEIXINHO, Manoel Messias. *O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais*. In Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008: Brasília. p. 4031 – 4054. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em 03 jun. 2011, p. 15.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 17.

como forma de suprir a norma faltante não configura invasão da seara legislativa pelo Poder Judiciário, uma vez que este apenas está a resolver uma questão *inter partes*, diferentemente de prolatar uma regra com aplicação *erga omnes*, aplicabilidade típica das leis em sentido estrito. Ademais, ao conceder a injunção determinando a aplicação de determinada normatização, o Judiciário não está a impedir a posterior atividade legislativa do Poder respectivo, portanto, não há que se falar em usurpação de competência legiferante por parte do Poder judicante²⁹⁹.

Em verdade, o Judiciário tem o papel, dentro do modelo de divisão de poderes adotado no Estado Social, de evitar que “as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador, evitando-se, dessa forma, o esvaziamento do conteúdo constitucional”³⁰⁰. Por isso a necessidade de, no mandado de injunção, termos uma solução concretista para o caso.

A mudança de posicionamento adotada pelo STF, no decorrer de sua história, quanto à eficácia e concretude da decisão da injunção, mostra-se uma evolução segundo o que veio a apregoar o “novo direito constitucional”, por isso o Tribunal passou de uma posição em que contentava-se em prolatar uma sentença de cunho declaratório, para a atual disposição em prolatar decisões de cunho constitutivo, como forma de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, o STF avançou no modo da prestação jurisdicional quando, no julgamento dos mandado de injunção 670, 708 e 712 garantiu o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, determinando a aplicação da lei 7.783/89, naquilo em que for cabível.

Também, evoluindo na discussão sobre os efeitos da injunção, o STF, ao apreciar o pedido do mandado de injunção nº 758, redefiniu o entendimento sobre a natureza da injunção, de forma unânime. Quando da formulação da ementa, decidiu pelos seguintes dizeres:

²⁹⁹ Ayres Brito, Carlos. in MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p.

³⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

Mandado de Injunção – Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. **Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão.** A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. (...) ³⁰¹ (*grifos nossos*)

Então, a partir desse julgamento, não cabe discutir sobre a natureza do *writ*, pois ficou definitivamente reconhecido que o mandado de injunção é o remédio constitucional destinado a tornar efetivo o direito constitucional reclamado e não apenas a colocar o ente legiferante em mora.

Contra o argumento daqueles que afirmam que, ao dar uma solução normativa para o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal estaria indo além de sua função precípua e usurpando os poderes do Legislativo, Canotilho assevera que, apesar de a força normativa da Constituição não admitir a existência de competências não escritas, são admitíveis dois modelos de competências implícitas, que justificam a atitude do Judiciário diante uma omissão reiterada por parte do legislador. São elas as chamadas *Competências Implícitas Complementares* que, primeiro, trata-se do alargamento de uma competência já existente (quem tem competência para tomar uma decisão deve, precipuamente, ter competência para a preparação e formação das decisões) e, segundo, há a competência necessária para preencher as lacunas da Constituição, por meio de leitura sistemática e analógica dos preceitos da Carta Fundamental³⁰².

Este foi o posicionamento adotado pelo STF, quando decidiu pela adoção de um modelo normativo que viabilizasse o direito de greve, pois os ministros daquela Corte entenderam que a Constituição Brasileira, por ser uma Carta tão detalhada, que exige interpretação compreensiva de seu texto, admite a ideia de competências implícitas, de modo que é possível a colmatação de lacunas constitucionais evidentes³⁰³.

³⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1325.

³⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 543.

³⁰³ MENDES e GONET BRANCO, op. cit., , p. 1333.

Sob outro argumento, podemos justificar a posição concretista do STF pelos dizeres de Rui Medeiros, quando este destaca o alargamento da competência normativa da Corte Constitucional de um país, como forma de fortalecimento do Estado Social (em detrimento do Estado Liberal), e ressalta o grave perigo ao ordenamento constitucional ensejado pelas omissões dos Poderes. Nesse contexto, quando pretende afastar uma omissão normativa, o Tribunal Constitucional não pode contentar-se em prolatar uma decisão negativa, devendo fazer uso de mecanismos que lhe permita a concretização e desenvolvimento das ideias constitucionais, por meio das sentenças aditivas, modelo já adotado na Itália³⁰⁴.

Marcelo Figueiredo destaca a importância do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna que garante que qualquer lesão ou ameaça a direito não deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário³⁰⁵. Citando Lourival Vilanova, o autor assevera que o juiz deve julgar qualquer conflito que chegue a seu conhecimento e, ao fazê-lo, a decisão prolatada não constitui mera proposição declarativa e sim uma proposição prescritiva, capaz de converter-se em norma, um juízo normativo³⁰⁶.

Deste modo, não cabe a afirmação de que o mandado de injunção teria subvertido o princípio da separação de Poderes, uma vez que o próprio ordenamento constitucional foi quem deu ao Judiciário a competência e o dever de, na injunção, conceder a ordem normativa, sob pena de responsabilidade funcional³⁰⁷.

O mesmo autor, citando anotações inéditas de Maria Helena Diniz, destaca que após a instituição do mandado de injunção no nosso ordenamento jurídico, a omissão legislativa não é mais algo inatacável. O *writ* é instrumento de adimplemento da prestação

³⁰⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da Lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 493-494.

³⁰⁵ BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 julho 2011.

³⁰⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. RT/EDUC, p. 179 *apud* SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 65.

³⁰⁷ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 66.

jurisdicional e, como tal, a regulamentação dele resultante não se trata de substitutiva da atividade do legislador, trata-se apenas de eliminar uma lacuna técnica³⁰⁸.

Deste modo, o juiz, ao decidir em sede de mandado de injunção, deve integrar a vontade constitucional, podendo utilizar-se de métodos flexíveis como a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito a equidade³⁰⁹. Portanto, para o autor, não há que se falar em ofensa à separação de Poderes.

Josemar Dantas, em artigo publicado no suplemento *Direito e Justiça* afirma que, por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal atuou como uma espécie de “legislador suplente” diante das reiteradas omissões legislativas. Porém, o fez de forma inevitável, toda vez que se deparou com a extrema frustração do cidadão e da sociedade que se vê na impossibilidade de exercer direitos impostergáveis. Deste modo, o STF age, diante da omissão legislativa numa tentativa de preservar a autoridade da Constituição³¹⁰.

O citado articulista traz outro argumento a favor da posição concretista: diante de reiterada omissão do órgão legislativo, tornou-se inevitável que a Corte Constitucional realizasse uma prestação jurisdicional mais efetiva. Esse argumento também foi utilizado pelo ministro Gilmar Mendes, em seu voto no MI 670/ES, no qual afirmou que, naquela situação (levando-se em conta que a matéria em questão padece de regulamentação desde a promulgação da Constituição e já havia sido expedida comunicação ao Congresso Nacional, quanto a sua mora em regulamentar o assunto, nos MI nº 20/DF, MI nº 485/MT e MI nº 585/TO), o Judiciário deveria determinar solução que viabilizasse o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, sob pena de se configurar uma omissão da prestação judicial³¹¹.

Deste modo, restou explicitado que muitos são os autores que defendem a compatibilidade da prestação concretista individual e o princípio da separação de Poderes.

³⁰⁸ DINIZ, Maria Helena in SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 66.

³⁰⁹ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 68.

³¹⁰ DANTAS, Josemar. *STF e omissão legislativa*. Correio Braziliense. Brasília, 7 nov 2011. Direito & Justiça, p. 2.

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670-9 ES. Relator: Ministro Gilmar F. Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 28 fev. 2011, P. 28-31.

Mas, e quanto à posição concretista geral, adotada pelo STF no MI nº 670/ES? Seria esse tipo de decisão harmônica com o citado princípio constitucional?

Segundo Pfeiffer, não só a posição concretista geral é compatível com o modelo de tripartição de poderes, como também se mostra a “solução mais harmônica com as regras de competência estabelecidas na Constituição Federal”, por possibilitar uma solução, para determinado tema, de forma concentrada na Corte Constitucional, obtendo-se, assim, uma única solução para todos os casos relacionados, evitando, desta forma, soluções contraditórias que violariam o princípio da isonomia³¹².

Ainda, com relação às mudanças advindas com o Neoconstitucionalismo, Pfeiffer assevera que “a presença mais acentuada do Poder Judiciário está intimamente relacionada com as constantes transformações que a concepção da harmonia entre as três funções vem sofrendo”, de modo que estaríamos vivenciando uma fase em que os Poderes exercem interferências limitadas entre si³¹³. Por isso, não há que se falar em usurpação do poder de legislar, por parte do Judiciário, quando da adoção da posição concretista geral.

Diante dessa nova concepção de tripartição de poderes, o mandado de injunção é o instrumento utilizado para o controle do cumprimento do dever constitucional de regulamentar. Tratando de um dever constitucionalmente instituído, não configura infração ao princípio da harmonia entre os poderes, uma vez que não se está praticando nenhum tipo de controle sobre as atividades discricionárias das demais esferas de poder³¹⁴.

Ainda, o mesmo autor destaca que

Não se nega que haja um caráter de novidade em uma maior presença do Poder Judiciário no controle dos poderes. Entretanto, tal circunstância é consentânea com as características de nossa Carta Constitucional, que ao prever tantos direitos de conteúdo prestacional e estar preocupada com direitos de ordem social, difusa e coletiva, evidentemente também pressupõe, para sua efetividade, uma atuação do Poder Judiciário distinta da tradicionalmente desempenhada na égide das Constituições Liberais³¹⁵.

³¹² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo, Atlas, 1999, p. 106.

³¹³ Ibidem, p. 109.

³¹⁴ Ibidem, p. 111.

³¹⁵ Ibidem, p. 111.

Segundo Manoel Messias Peixinho, em obra já citada anteriormente, nesse novo contexto do Neoconstitucionalismo, é preciso analisar a eficácia das sentenças dos Tribunais Constitucionais sob o ponto de vista da eficiência dessas decisões. Deste modo, a jurisdição constitucional se mostra uma justiça política, no sentido que tem que enfrentar temas políticos, tendo suas decisões efeitos políticos, por consequência. Nesse contexto, o Tribunal Constitucional não pode deixar de atuar baseado nos argumentos de sua decisão implicaria em judicialização de outras esferas de poder. Na verdade, mostra-se indispensável, nesse novo modelo de sistema equilibrado quanto à partilha de competências, que o Judiciário se posicione a cerca da racionalidade e razoabilidade de fatos que possam ensejar lesão ou ameaça a direito fundamental, sob pena de se estar a coadunar com um possível arbítrio do legislador³¹⁶.

Nesse diapasão, Gilmar Mendes entende que a extensão dos efeitos da decisão da injunção, dando-lhe eficácia *erga omnes*, é algo inevitável, pois evidencia-se que, ainda que tal decisão seja de caráter subjetivo, atingindo, em regra, somente as partes envolvidas, é inevitável que esta atinja uma dimensão objetiva, uma vez que seu modelo será também aplicados naqueles casos que, com ele, guardem certa similitude³¹⁷.

Assim, o modelo de sentença aditiva adotado pelo STF no que tange às decisões dos mandados de injunção, tem se mostrado acertado, tendo em vista a necessidade de se fazer valer a previsão de máxima efetividade da norma constitucional.

Em relação a uma possível invasão de competência relacionada ao modelo de separação de Poderes, assevera Gonet Branco que a organização e limitação dos poderes, em sede de Constituição, deve se dar pelo parâmetro dos direitos fundamentais. Segundo o autor,

A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos

³¹⁶ PEIXINHO, Manoel Messias. *O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais*. In Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008: Brasília. p. 4031 – 4054. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em 03 jun. 2011, p. 4.

³¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1334.

poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem³¹⁸.

No mesmo diapasão, destaca Paulo Bonavides que a preocupação com os direitos fundamentais é o cerne das Constituição modernas. Em razão disso, discute-se hoje o conceito de “juiz social”, que seria aquele ente, representante do Estado Social, com legitimidade para buscar a máxima efetivação desses direitos. Deste modo, consagram-se os valores da pessoa humana como aqueles de mais alto grau de importância no ordenamento constitucional, tendo em vista ser o homem o titular e destinatário, em última instância, de todas as regras de poder³¹⁹.

Segundo esse entendimento, não há que se falar em falta de legitimidade do Judiciário em decidir pela aplicação provisória de uma normatização a um determinado caso, pois, dessa forma, concretiza-se o direito fundamental de garantia do exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

³¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de direito constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

³¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2011, p. 602.

CONCLUSÃO

O mandado de injunção se mostrou, dentro do arcabouço normativo brasileiro, um instrumento bastante peculiar, diante das várias discussões que o permeia.

Nesse trabalho, abordamos algumas delas, apresentando o posicionamento de doutrinadores que se destinaram a discutir o assunto.

No primeiro capítulo, nosso objetivo foi situar o leitor quanto às características basilares do mandado de injunção – conceito, origem, objeto, pressupostos e aplicabilidade. Referente a esses tópicos, não apresentamos grandes inovações, apenas o entendimento predominante.

Também foi objeto desse capítulo a discussão sobre os possíveis efeitos que podem ser adotados quando da concessão da injunção, de modo que pudemos concluir que:

- i - o mandado de injunção é o instrumento constitucionalmente previsto para viabilizar o exercício de direito fundamental impossibilitado de ser exercitado pela falta de regulamentação;
- ii - A injunção é uma inovação da Constituição de 1988, não havendo instituto semelhante em nenhuma das outras constituições brasileiras. Também não encontramos, no direito alienígena, instrumento análogo;
- iii - a decisão concessiva da injunção pode ser classificada segundo duas correntes: a não-concretista, adotada por aqueles que entendem que o objetivo do mandado de injunção é reconhecer a mora legislativa, que inviabiliza o exercício de direito; e a concretista, cujos adeptos entendem que o *writ* é o instrumento adequado a viabilizar o direito, inclusive estabelecendo uma normatização provisória para que isso ocorra.
- iv - Quanto à posição concretista, esta ainda pode gerar efeitos *inter partis*, sendo chamada *concretista individual*, ou *erga omnes*, recebendo a denominação de *concretista geral*.

- v - a maior parte da doutrina entende pela adoção da corrente concretista, porém, quanto aos efeitos mais ou menos abrangentes, há ainda muita discussão.

No capítulo seguinte, nossa proposta foi discutir julgados considerados paradigmáticos na jurisprudência do STF, a fim de demonstrar que, no decorrer de sua história, o Supremo caminhou de uma prestação caracterizada pela corrente não-concretista para uma relacionada à corrente concretista geral.

O primeiro julgado tratado foi o MI 107-3/DF, decidido em 1990, no qual o impetrante pleiteava o direito à aposentadoria especial do servidor militar, no teor do art. 42, § 9º da Constituição, hoje revogado.

Nesse caso, o relator, o ministro Moreira Alves, traçou os limites conceituais do mandado de injunção, afirmando a natureza declaratória do instituto, além de ter delimitado os efeitos da decisão, de modo que a Corte concordou pela adoção da posição *não-concretista*.

O segundo julgado discutido foi o MI 283 -5/DF, no qual o impetrante requeria a reparação econômica prevista no art. 8º, § 3º do ADCT. Nesse momento, o STF entendeu que o mero reconhecimento da lacuna normativa não seria suficiente para a garantia dos direitos do impetrante, então a Corte decidiu por expedir uma notificação ao Congresso Nacional, estabelecendo um prazo para que tratasse da matéria. Também possibilitou ao autor da ação buscar, na justiça de primeiro grau, uma reparação econômica pelos danos sofridos.

Nessa decisão, a Corte optou por uma decisão *concretista individual intermediária*, na qual reconheceu o direito do impetrante e tentou provê-lo de forma indireta, fixando prazo ao Poder Legislativo para que expedisse a regulamentação faltante e possibilitando-o o acesso a uma reparação por perdas e danos.

O Terceiro julgado objeto da pesquisa foi o MI 670-9/ES. Julgado entre os anos de 2003 a 2007, significou uma grande mudança no entendimento da Corte sobre o mandado de injunção. Nesse processo, o STF optou por prover uma decisão de caráter *concretista geral*, ao afirmar que a categoria impetrante poderia usufruir do direito de greve

previsto no art. 37, VII da Constituição, alargando essa decisão a todas as categorias de servidores públicos civis.

Por meio da análise dos três julgados, percebemos que o STF, antes adotante da corrente *não-concretista*, hoje utiliza-se das sentenças aditivas para decidir a injunção, adotando a corrente *concretista-geral*.

Durante a análise das discussões travadas na Corte, constatamos que nem todos os membros entendiam que a corrente *concretista-geral* seja a mais adequada, portanto, no MI 670-9/ES, a decisão de estender seus efeitos não foi unânime. Deste modo, concluímos que no STF ainda não se consolidou a adoção desses efeitos para a injunção, porém, todos os ministros entenderam que a adoção da posição *concretista* era necessária, como forma de prover efetivamente o direito pleiteado, fazendo-se, assim, cumprir a vontade da Constituição no que tange ao mandado de injunção.

Em sequência, elaboramos um capítulo em que discutimos temas pertinentes, como a conceituação do princípio da separação de Poderes e do fenômeno denominado ativismo judicial. Por fim, trouxemos algumas posições doutrinárias relacionando os temas de modo a tentar responder a pergunta inicial que motivou esse trabalho: Há harmonia entre a nova interpretação do STF e o princípio da separação de Poderes?

Quando discutimos sobre o modelo de separação de Poderes adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, percebemos que este, segundo o Novo Constitucionalismo, não deve ser entendido de forma isolada dos demais preceitos constitucionais. Nesse diapasão, a separação de Poderes deve ser entendida como mais um dos instrumentos constitucionais inseridos em seu texto com o objetivo de guardar-lhe a supremacia e a força normativa.

Também, quanto ao ativismo judicial, que pode ser conceituado como toda atividade do Poder Judiciário que extrapola sua esfera de poder, invadindo a dos demais, este frequentemente atinge frontalmente o Legislativo, nas vezes que o Judiciário se apropria da atividade de normatização.

De forma imatura, era possível deduzir, que a adoção da corrente *concretista* pelo STF seria uma forma de ativismo judicial, porém trouxemos posicionamentos doutrinários que afirmam o contrário: Sendo o mandado de injunção um instrumento constitucionalmente previsto para VIABILIZAR um direito impossível de ser exercido por falta de regulamentação, o Judiciário não faz nada além do que a Constituição preconiza quando edita uma normatização provisória visando garantir o exercício do direito reclamado.

Ademais, o provimento *concretista* no mandado de injunção se mostrou uma forma eficiente de fortalecer outros preceitos constitucionais fundamentais: o da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da preservação da força normativa da Constituição.

Portanto, a resposta para nossa pergunta inicial é SIM! Há harmonia na atual prestação jurisdicional do mandado de injunção e o Princípio Constitucional da separação de Poderes.

REFERENCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2011, p. 599-600.

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Constituição Federal*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm#adct>. Acesso em: 06 nov. 2011.

_____. *Constituição Federal*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em <WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 julho 2011.

_____. Superior Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 107-3 DF*. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81745>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 17.

_____. Superior Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 283-5 DF*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=81766>>. Acesso em: 28 fev. 2011, p. 1.

_____. Superior Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 81 – 6/DF*. Relator Ministro Celso de Mello. 25 mai. 1990 apud 1 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 74.

_____. Superior Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 670-9 ES*. Relator: Ministro Gilmar F. Mendes. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 28 fev. 2011.

CAMPINHO, Lúcio Machado. *Efetividade Constitucional Via Mandado de Injunção*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 171-190, jan./jun. 2006. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24478/efetividade_constitucional_via_mandado.pdf?sequence=1> Acesso em 09/03/2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da Lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 493-494.

MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar. *Mandado de Injunção*. In: ENCONTRO DO INSTITUTO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2008. Lisboa. Análise do instituto do “mandado de injunção”, seu conteúdo, o significado, a natureza do instituto na ordem constitucional brasileira e a amplitude das decisões proferidas nesses processos, com base na jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/387>> Acesso em 27fev. 2011, p. 130.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 288.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Texto integral. 1ª ed, 1748. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 165.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 175.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 381-382.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo, Atlas, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões Normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 38

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 29.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.